ENZYKLOPÄDIE DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

W. KUNKEL · H. PETERS
ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

V

GRUNDZÜGE DES DEUTSCHEN PRIVATRECHTS

VON

DR. HANS PLANITZ
ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT
WIEN

DRITTE UMGEARBEITETE AUFLAGE

MIT 2 ABBILDUNGEN

SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH
1949

ENZYKLOPÄDIE DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

W. KUNKEL · H. PETERS
ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

V

GRUNDZÜGE DES DEUTSCHEN PRIVATRECHTS

VON

DR. HANS PLANITZ
ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT
WIEN

DRITTE UMGEARBEITETE AUFLAGE

MIT 2 ABBILDUNGEN

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH
1949

Alle Rechte,
insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen,
vorbehalten.

ISBN 978-3-540-01375-4 ISBN 978-3-642-86915-0 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-642-86915-0

Druck: H. Heenemann KG., Berlin-Wilmersdorf.

Vorwort zur dritten Auflage.

Die Politik der letzten Jahrzehnte hat der Wissenschaft schwere Wunden geschlagen, auch der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht. Da ist nicht nur der Verlust bedeutender wissenschaftlicher Köpfe zu bedauern; auch die wissenschaftliche Produktion war aus mancherlei Gründen gehemmt. Durch einen verfehlten Lehrplan, der mehr als ein Jahrzehnt in Geltung war, wurde das Deutsche Privatrecht geradezu zum alten Eisen gelegt. Wenn eine neuere deutsche Privatrechtsgeschichte nach diesem Plan die alte Vorlesung ersetzen sollte, so fehlten für sie alle Vorarbeiten; eine geistesgeschichtliche Darstellung des Privatrechts ist sinnlos, wenn dem Studierenden die Möglichkeit genommen ist, die Entwicklung der Institutionen selbst kennenzulernen. Ich bin freilich nicht der Meinung, daß eine eingehende Aussprache über Stoff und Methode des deutschen Privatrechts als Vorlesung unfruchtbar sein müßte, aber die Debatte hat noch nicht einmal begonnen. So habe ich mich bei dieser dritten Auflage darauf beschränkt, alle mir bekannt gewordenen neuen Erkenntnisse dieser siebzehn Jahre aufzunehmen. Doch wird mir — seit einem Jahrzehnt von der Außenwelt abgeschlossen — manche wertvolle Anregung entgangen sein. Dem österreichischen Rechte habe ich stärker als bisher mein Interesse zugewandt. Für Mitarbeit auf diesem Gebiete danke ich bestens meinem Wiener Kollegen, Herrn Dozent Dr. Herbert F i s c h e r. Besonderen Dank bin ich Frau Dr. Thea B u y k e n in Köln schuldig, die die ganze Last der Korrekturen auf sich genommen hat.

Ich hoffe, daß auch diese dritte Auflage Forschung und Lehre befruchten möge.

W i e n, im April 1948. **Hans Planitz.**

Aus dem Vorwort zur zweiten Auflage.

Eine bedeutende Verbesserung glaube ich durch weit stärkere Heranziehung ausländischen Rechts erreicht zu haben. Die wichtigsten Grundgedanken des englischen und französischen Rechts habe ich (wie früher schon für das schweizerische Recht) in allen grundsätzlichen Fragen kurz zu kennzeichnen versucht. Aus diesem Vergleich verspreche ich mir eine wesentliche Erweiterung des Rechtshorizontes des juristischen Lesers. Das österreichische Recht ist in die Ausführungen über das deutsche Recht eingearbeitet.

Köln, den 15. April 1931. **Hans Planitz.**

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage.

Die Vorlesung „Grundzüge des deutschen Privatrechts" ist in den letzten Jahren zu einem Grundpfeiler der Schulung der jungen Juristen geworden. Noch vor wenigen Jahrzehnten schien sie nur als Ergänzung der BGB.-Vorlesungen mit hauptsächlich landesrechtlichem Inhalt Daseinsberechtigung zu haben. Das hat sich seitdem gründlich gewandelt. Man erkannte, daß die weltgeschichtliche Aufgabe des römischen Rechts, die europäischen Völker zum Rechtsdenken zu erziehen, im wesentlichen erfüllt ist. Die Gegenwart gehört dem germanischen Recht, wie es sich im englisch-amerikanischen oder im skandinavischen Rechtssystem, im Code Civil, im BGB., ZGB. usw. offenbart. Denn auch für das geltende deutsche Privatrecht wird hinter der vielfach romanistischen Form der unzerstörbare deutschrechtliche Gedanke immer klarer erkennbar. Das deutsche Schuldrecht z. B., erst in den letzten Jahrzehnten als ein Rechtssystem von erstaunlicher Klarheit, Einfachheit und Zweckmäßigkeit überhaupt entdeckt, hat, wie man immer besser erkennt, im Schuldrecht der Gegenwart seine organische Fortentwicklung erfahren. Selbst an den Aufbau eines allgemeinen Teils des deutschen Privatrechts beginnt man sich zu wagen. Hier bleibt freilich noch alles zu tun; die Rechtsgeschäftslehre ist noch in den ersten Anfängen. Jedenfalls zeigen bedeutende Arbeiten der letzten Jahrzehnte, daß die Beschäftigung mit dem deutschen Privatrecht noch große wissenschaftliche Erträgnisse erbringen kann. Das deutsche Privatrecht ist als Wissenschaft wie als Rechtslehre noch am Beginn seiner Laufbahn; man kann ihm eine große Zukunft voraussagen.

Köln, den 23. September 1925. **Hans Planitz.**

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Begriff und Aufgabe des deutschen Privatrechts 1
§ 2. Entwicklung des deutschen Privatrechts 2
§ 3. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts . . 8

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

I. Abschnitt.

Die Rechtsvorschriften.

§ 4. Das Wesen des Rechts 15
§ 5. Quellen und Erscheinungsformen des Rechts . . . 16
§ 6. Der Herrschaftsbereich des Rechts 18

II. Abschnitt.

Die Rechte und ihre Ausübung.

§ 7. Begriff und Arten des subjektiven Rechts 19
§ 8. Ausübung und Schutz der Rechte 20

III. Abschnitt.

Die rechtserheblichen Tatsachen.

§ 9. Die rechtserheblichen Tatsachen im allgemeinen 22
§ 10. Die Rechtsgeschäfte 23
§ 11. Formen der Rechtsgeschäfte 24
§ 12. Treuhandschaft und Stellvertretung 26
§ 13. Der Zeitablauf 28

Zweites Buch.

Personenrecht.

Erster Teil.

Die natürlichen Personen.

§ 14. Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit 30
§ 15. Beschränkung der Rechtsfähigkeit 33
§ 16. Beschränkungen der Handlungsfähigkeit 38

Zweiter Teil.

Die Personenverbindungen und die juristischen Personen.

I. Abschnitt.

Die Arten.

Erstes Kapitel.

Die Gemeinderschaften.

§ 17. Die Gemeinderschaften 42

Zweites Kapitel.

Die Genossenschaften und Körperschaften.

Seite

§ 18. I. Die Landgenossenschaften 45
§ 19. II. Die Berufs- und Erwerbsgenossenschaften . . 47
§ 20. III. Die Idealgenossenschaften 52

Drittes Kapitel.

Die Anstalten.

§ 21. Die Anstalten 52

II. Abschnitt.

Die Genossenschaftstheorie.

§ 22. Die Genossenschaftstheorie 53

Dritter Teil.

Die Persönlichkeitsrechte.

§ 23. Das Wesen der Persönlichkeitsrechte 56
§ 24. Die Arten der Persönlichkeitsrechte 56

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Erster Teil.

Sachen und Sachenrechte.

§ 25. Begriff und Arten der Sache 59
§ 26. Einzelsachen und Sachverbindungen 60
§ 27. Begriff und Arten der Rechte an Sachen 62

Zweiter Teil.

Das Liegenschaftsrecht.

I. Abschnitt.

Arten und Inhalt des Liegenschaftsrechts.

Erstes Kapitel.

Das Grundeigentum.

I. Begriff und Arten.

§ 28. Begriff 64
§ 29. Gesamteigentum 65

II. Eigentumsschranken und beschränktes Eigentum.

§ 30. Nachbarrecht 66
§ 31. Beispruchsrecht und Wartrecht 67
§ 32. Stammgüter und Familienfideikommisse 68

Zweites Kapitel.

Eigentumsähnliche Rechte.

§ 33. Die Regalien im allgemeinen 71
§ 34. Das Wasser- und Fischereirecht 71
§ 35. Das Forst- und Jagdrecht 74
§ 36. Das Berg- und Salzrecht 76

Drittes Kapitel.

Begrenzte dingliche Rechte.

I. Nutzungsrechte.

Seite

1. Leiherechte 79

§ 37. Die bäuerliche Leihe 79
§ 38. Die städtische Leihe 81
§ 39. Das Lehen 82
§ 40. 2. Die Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch . . 84
§ 41. 3. Die Reallasten 87

II. Das Grundpfandrecht.

§ 42. Das ältere Grundpfandrecht 90
§ 43. Das neuere Grundpfandrecht 94

III. Das Näherrecht.

§ 44. Das Näherrecht 96

II. Abschnitt.

Rechtsverkehr und Rechtsschutz im Liegenschaftsrecht.

Erstes Kapitel.

Die Form der Liegenschaftsrechte.

§ 45. Der ältere Liegenschaftsbesitz. Die Gewere . . . 98
§ 46. Der jüngere Liegenschaftsbesitz 101
§ 47. Das Grundbuch 103

Zweites Kapitel.

Erwerb und Verlust der Liegenschaftsrechte.

§ 48. Ursprünglicher Erwerb und Verlust der Liegenschaftsrechte 105
§ 49. Abgeleiteter Erwerb der Liegenschaftsrechte . . . 107

Drittes Kapitel.

Der Schutz der Liegenschaftsrechte.

§ 50. Der Schutz der Liegenschaftsrechte 110

Dritter Teil.

Das Fahrnisrecht.

I. Abschnitt.

Arten und Inhalt der Fahrnisrechte.

§ 51. Das Fahrniseigentum 111
§ 52. Begrenzte dingliche Rechte an Fahrnis, insbesonders das Fahrnispfandrecht 112

II. Abschnitt.

Rechtsverkehr und Rechtsschutz im Fahrnisrecht.

§ 53. Der Fahrnisbesitz 116
§ 54. Erwerb und Verlust der Fahrnisrechte 116
§ 55. Der Schutz des Fahrnisrechts. (Die Fahrnisklage.) 119

Viertes Buch.

Schuldrecht.

§ 56. Entwicklung des Schuldrechts 124

Erster Teil.

Allgemeine Lehren des Schuldrechts.

§ 57. Grundbegriffe des Schuldrechts: Schuld und Haftung 126

I. Abschnitt.

Entstehung des Schuldverhältnisses.

Seite
§ 58. Die Schuldentstehungsgründe 130
§ 59. Die Schuldverträge 131
§ 60. Die Haftungsverträge 136
§ 61. Das einseitige Versprechen 137

II. Abschnitt.

Rechtsfolgen des Schuldverhältnisses.

§ 62. Die Leistungspflicht 138
§ 63. Der Leistungsverzug 141
§ 64. Haftung für Verschulden und Zufall 142

III. Abschnitt.

Die Parteien des Schuldverhältnisses.

§ 65. Verträge auf Leistung an Dritte 144
§ 66. Abtretung der Forderung 145
§ 67. Schuldübernahme 146
§ 68. Schuldrechtliche Gemeinschaften 147

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

Erstes Kapitel.

Sachleistungsverträge.

§ 69. I. Tausch und Kauf 149
§ 70. II. Die Schenkung 152
§ 71. III. Miete und Pacht 153
§ 72. IV. Leihe und Darlehen 155

Zweites Kapitel.

Arbeitsverträge.

§ 73. Arbeitsverträge 157

Drittes Kapitel.

Sicherungsverträge.

§ 74. Bürgschaft 162
§ 75. Selbständige Sicherungsverträge 165

Viertes Kapitel.

Gefahrverträge.

§ 76. Spiel und Wette 167

Fünftes Kapitel.

Abstrakte Verträge.

§ 77. Abstrakte Verträge 168

Sechstes Kapitel.

Wertpapiere.

§ 78. Wertpapiere 169

II. Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 79. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen 172

Fünftes Buch.

Familienrecht.

Seite

§ 80. Grundlagen des Familienrechts 177

Erster Teil.

Das Eherecht.

I. Abschnitt.

Persönliches Eherecht.

§ 81. Die Eheschließung 184
§ 82. Die Ehenichtigkeit 189
§ 83. Die Auflösung der Ehe 190
§ 84. Das eheliche Verhältnis 192

II. Abschnitt.

Eheliches Vermögensrecht.

§ 85. Die geschichtliche Entwicklung 194
§ 86. Die Verwaltungsgemeinschaft 198
§ 87. Die Gütergemeinschaft 200

Zweiter Teil.

Das Kindschaftsrecht.

§ 88. Die eheliche Kindschaft 203
§ 89. Die uneheliche Kindschaft 208
§ 90. Die Wahlkindschaft 211

Dritter Teil.

Das Vormundschaftsrecht.

§ 91. Das Vormundschaftsrecht 212

Sechstes Buch.

Erbrecht.

§ 92. Entwicklung des Erbrechtes 217

Erster Teil.

Die Berufung zur Erbschaft.

I. Abschnitt.

Die gesetzliche Erbfolge.

§ 93. Das Verwandtenerbrecht 219
§ 94. Das Ehegattenerbrecht 223
§ 95. Heimfallsrechte 224
§ 96. Erbrecht an Sondervermögen 225
§ 97. Das Noterbrecht 228

II. Abschnitt.

Die gewillkürte Erbfolge.

§ 98. Erbengedinge und Vergabungen von Todes wegen 228
§ 99. Erbverträge und Testamente 231
§ 100. Testamentsvollstrecker 234

Zweiter Teil.

Die Rechtsstellung des Erben.

§ 101. Der Erbschaftserwerb 236
§ 102. Die Erbenhaftung 238
§ 103. Die Erbengemeinschaft 239

Rechtssprichwörter 241

Sachverzeichnis 243

Abkürzungsverzeichnis.

Die Abkürzungen sind die üblichen. Hervorgehoben werden:

ABGB.	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich (1811).
AHGB.	=	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch (1861).
ALR.	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794).
CC.	=	Code Civil (1804).
OR.	=	Schweizerisches Obligationenrecht (1911).
Sächs.BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863).
ZGB.	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (1902).

Abh.Berl. (Münch., Gött.)	=	Abhandlungen der preußischen (bayer.) Akademie der Wissenschaften (zu Göttingen).
Abh.Gött.	=	Abhandlungen der Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen.
AHDE.	=	Anuario de Historia del Derecho Español.
Arch.Ziv.Pr.	=	Archiv für zivilistische Praxis.
AUF.	=	Archiv für Urkundenforschung.
Beyerles Beitr.	=	Deutschrechtliche Beiträge, hg. von Konrad Beyerle.
DA.	=	Deutsches Archiv für Geschichte des Mittelalters.
FDR.	=	Forschungen zum deutschen Recht
Gött.Nachr.	=	Nachrichten von der Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen.
Hans.Gbl.	=	Hansische Geschichtsblätter.
Heymanns Arb.	=	Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hg. von Ernst Heymann.
HJB.	=	Historisches Jahrbuch.
HV.	=	Historische Vierteljahrsschrift.
HZ.	=	Historische Zeitschrift.
MÖIG.	=	Mitteilungen des österreichischen Instituts für Geschichtsforschung (bis 1920 MIÖG.).
NA.	=	Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtsforschung.
RHDFE.	=	Revue Historique de Droit Français et Étranger.
RSDI.	=	Rivista di Storia del Diritto Italiano.

SB.Berl. (Heid., Münch., Wien.)	=	Sitzungsberichte der preuß. (Heidelberger, bayer., Wiener) Akademie der Wissenschaften.
Tijdschr.	=	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.
VSWG.	=	Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte.
ZHR.	=	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
ZRG.G. (Kan.)	=	Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische (Kanonistische) Abteilung.

afränk.	=	altfränkisch	got.	=	gotisch
ahd.	=	althochdeutsch	lang.	=	langobardisch
alam.	=	alamannisch	lat.	=	lateinisch
and.	=	altniederdeutsch	mhd.	=	mittelhochdeutsch
as.	=	altsächsisch	mlat.	=	mittellateinisch
fläm.	=	flämisch	mnd.	=	mittelniederdeutsch
fries.	=	friesisch			

Einleitung.

§ 1. Begriff und Aufgabe des deutschen Privatrechts.

I. Das deutsche Privatrecht als Rechtsdisziplin hat die Aufgabe, die Begriffe und Vorstellungen aufzuzeigen, die, dem deutschen Kulturbereiche entstammend, zum Aufbau des Gegenwartsrechts mitgewirkt haben. Es gibt also keine Darstellung des geltenden deutschen Privatrechts, sondern nur eine Einführung, und zwar von der Seite des germanischen Rechts her, wie die Institutionen des römischen Privatrechts von der des römischen. Die Methode ist zunächst die geschichtliche. Es ist von unendlichem Erkenntniswert, an der Hand des germanischen Rechts die primitiven, noch unverbildeten Rechtssätze, die noch von rationalistischer Begriffsbildung frei sind, herauszuschälen. Sodann ist die Bildung der deutschen Rechtsbegriffe im Ablaufe der deutschen Rechtsentwicklung nachzuweisen: die Kausalität der Fortgestaltung, insbesondere die inneren und äußeren Einflüsse, das Entwicklungsziel. Sie muß aber zugleich die dogmatische sein. Denn auch die Rechtsbegriffe früherer Zeiten können nicht erfaßt werden, wenn nicht der Gesamtbau des Rechts ihrer Zeit lebendig erkannt wird. Hierfür bietet das Recht des deutschen Mittelalters das beste Erkenntnismaterial, was um so wichtiger ist, als das deutsche Recht hier seine vom römischen Recht noch unabhängige intensivste Durchbildung erreicht hat. Es wird sich zeigen, daß die dem germanischen Geiste entsprossenen, im Rechtsleben des deutschen Mittelalters in reichem Wechsel entfalteten, in der Rezeptionszeit nur scheinbar verlorenen deutschen Rechtsgedanken in der geltenden Rechtsordnung große Gebiete des Privatrechts, wie besonders das Sachen- und Familienrecht, in allen wichtigen Grundfragen beherrschen. Dies kritisch zu ergründen, ist die erste Aufgabe.

II. Damit verbinden sich weitere Ziele. Lernen wir die Grundgedanken des germanischen Privatrechts kennen, so wird zugleich der Grund gelegt für die Kenntnis der dem gleichen Mutterschoß des germanischen Rechts entstammenden **europäischen Rechte.** Das gilt nicht nur für das dem anderen aufs innigste verwandte Recht der Schweiz und Österreichs, auch das Recht des englisch-amerikanischen, des französischen und des skandinavischen Rechtskreises ruht auf der Grundlage der germanischen Rechtsidee. So dient das deutsche Privatrecht an seinem Teil der R e c h t s v e r g l e i c h u n g; durch Erkenntnis des fremden Rechts vertieft es die des eigenen; die sparsamen Verweise auf ausländische Rechtssätze sollen zur weiteren Nachforschung anregen. Das deutsche Privatrecht dient

aber weiter auch der Rechtspolitik. Indem wir das geltende Privatrecht als Produkt historischer Entwicklung erkennen, begreifen wir das Gesetz seiner weiteren Entfaltung; wir gewinnen Verständnis für die Zukunftsaufgaben der deutschen Rechtswissenschaft.

§ 2. Entwicklung des deutschen Privatrechts.

Das Recht ist ein Bestandteil der wirtschaftlichen und geistigen Kultur eines Volkes. Seine Entwicklung geht daher mit deren Entfaltung Hand in Hand. Freilich ist die nationale Rechtsentwicklung durch die Aufnahme des römischen Rechts besonders für das Privatrecht scheinbar zerrissen worden. In Wahrheit war aber die Rezeption nur infolge der gewandelten Rechtsgesinnung möglich. Sie bringt zwar im Technischen und Einzelnen, in Systematik und juristischer Methode, in der Schärfe der Distinktionen zahlreiche Fortschritte, ohne aber die Grundlagen des Rechts entscheidend und dauernd umzugestalten. Einer Periode nationaler Rechtsbildung die der Herrschaft des fremden Rechts gegenüberzustellen, heißt, nur die Entwicklung der äußeren Rechtseinrichtung zu berücksichtigen.

I. Entwicklung der Grundgedanken des deutschen Privatrechts.

1. Die ältere Zeit. Der typischen Gebundenheit der Wirtschafts- und Geisteskultur entspricht die des Rechtes. Die Sittlichkeit verlangt vom einzelnen seine unbedingte Unterwerfung unter die Anschauungen und Einrichtungen der Gesamtheit, die als rechtlich bindend erscheinen. Für das Familienrecht ergibt sich daraus die Gesamtvormundschaft der Sippe, die absolute väterliche Gewalt und der Heiratszwang. In Vermögensgemeinschaften eingegliedert entbehrt der einzelne regelmäßig des privaten Eigentums, besonders an Grund und Boden. Munt und Gewere verkörpern den einheitlichen Begriff personenrechtlicher und sachenrechtlicher Herrschaft. Die Zugehörigkeit zu den persönlichen Verbänden der Sippe, des Stammes ist die Voraussetzung für die unbeschränkte Rechtsfähigkeit. Das Rechtsleben vollzieht sich in fest gebundener Gestaltung. Verträge bedürfen einer typischen Form; diese muß in konkreten Symbolen und Solennitäten bestehen, da die Fähigkeit abstrakten Denkens mangelt. Jede Annahme einer Leistung bewirkt die Gebundenheit zur Gegenleistung; denn sittliche wie Rechtsbegriffe können nur reziprok gedacht werden. Religiöse Ideen beeinflussen unmittelbar das Privatrecht. Der eudämonistische Gedanke fleischlicher Unsterblichkeit läßt auch den Toten noch als Träger von Privatrechten, der Ehe, des Eigentums, erscheinen; Schenkungen an die Kirche, die ersten Formen letztwilliger Verfügungen, sollen diese Unsterblichkeit sichern.

2. Das 12. und 13. Jahrhundert bringt den Umschwung. Die Zeit der Kreuzzüge hat fremden Kulturelementen Eingang verschafft, die

Kolonisation Ostdeutschlands hat einen mancher alten Bindung entronnenen Bauernstand, die Entstehung der Städte einen freien Bürgerstand geschaffen.

Die alten Herrschaftsformen, Munt und Gewere, verzweigen sich und lassen abgewandelte neue Institute erwachsen. Die sachenrechtliche Herrschaft bringt ihrem Zweck angepaßte Formen beschränkten Rechtes hervor, die Nutzung, Verfügung oder Erwerb gewähren. Das Grundeigentum befestigt sich, die Wart- und Beispruchsrechte beginnen zu bloßen Näherrechten zu verblassen. Ein individuelles Erbrecht entsteht. Besonders in den Städten tritt mit der steigenden Bedeutung des Fahrhabevermögens die Macht des Einzeleigentümers hervor, die sich auch auf selbst erworbenes Grundeigentum, Kaufgut, erstreckt. Der Vertragsformalismus übersteigert sich und wird langsam durch begriffliches Rechtsdenken entbehrlich. An die Stelle persönlicher oder sachlicher Gebundenheit tritt freies Vertragsrecht: Dienstvertrag statt Unfreiheit, Miete statt Leihe. Die aufkommende Geldwirtschaft rationalisiert das Recht: die Schuldhaft ersetzt die Ächtung, der Pfandverkauf den Pfandverfall. Der Einzelfall beginnt individueller Betrachtung unterworfen zu werden: das alte Verursachungsprinzip macht allmählich dem Verschuldensprinzip Platz. Im Familienrecht verblaßt die Macht der Sippe, gefördert durch die Kirche, welche Ehehindernisse aufstellt und den Heiratszwang bekämpft. Die Unauflöslichkeit der Ehe kräftigt die Stellung der Frau in der nun ausschlaggebenden ehelichen Gemeinschaft; eheliche Gütergemeinschaft wird zur Regel. Die alten Verbände lockern sich; neben sie treten neue, die von vornherein auf geringere Bindung der Mitglieder, auf größere Selbständigkeit des Verbandes gegenüber seinen Mitgliedern angelegt sind.

3. Seit dem 18. Jahrhundert gehen die letzten mittelalterlichen Bindungen verloren. Die mit der Reformation begonnene, durch Aufklärung und Naturrecht fortgetragene Bewegung löst nun die letzten Rechtsschranken des Individuums. Die ständische Schichtung wird beseitigt, der Bauernaufstand befreit, Stand, Ehre, Religion sind keine Voraussetzung der Rechtsfähigkeit mehr. Das Naturrecht fordert die Absolutheit des Eigentums und die freie Auflösbarkeit der durch weltlichen Vertrag geschlossenen Ehe. Schon formlose Verträge sind bindend, und die Personen von Gläubiger und Schuldner sind für den Bestand des Schuldverhältnisses nicht mehr wesentlich. Die ersten Anfänge der zur selbständigen Persönlichkeit aufsteigenden Erwerbsgesellschaft treten auf.

Das sind die Grundlagen, auf denen das 19. Jahrhundert das reich entwickelte Privatrecht der Gegenwart aufbauen konnte. Richtunggebend war in wirtschaftlicher Hinsicht der ungeheure Aufschwung der Technik, damit des Handels und Verkehrs, in sozialer die Herausbildung eines nicht bodenständigen Industrieproletariats im Gegensatz zu dem die Bodenschätze und die Produktionsmittel beherrschenden Unternehmertum, in geistiger die religiös

neutrale Massenbildung, die den Gedanken der Gleichheit verwirklicht. So entstehen die Zusammenballungen des produzierenden Kapitals von der einfachen Kapitalgesellschaft bis zu den Unternehmungsverflechtungen der Gegenwart. So wird das Arbeitsrecht zu einem die öffentlichen Interessen weithin berührenden umfangreichen Sondergebiet. Während die individualistischen Grundgedanken im wesentlichen herrschend bleiben, bilden sich soziale Rechtsinstitute: neben einer sozialen Bodengesetzgebung stehen Anfänge der Sozialisierung der Bodenschätze, neben der Vergesellschaftung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften steht der Tarifgedanke des Arbeiterrechts.

Schrifttum: Beyerle, Franz: Der Entwicklungsgedanke im Recht, 1938.

II. Die Entwicklung der Rechtssetzung und Praxis des deutschen Privatrechts.

1. Die ältere Zeit. Das deutsche Privatrecht ist Ausdruck der deutschen Kultur seiner Zeit, national deutsches Recht. Das gilt besonders für die ältere Zeit. Durch die Berührung mit der antiken Welt nahm man freilich auch schon früh fremde Rechtsinstitute auf, wie etwa das Urkundenwesen; aber dauernd nur, soweit sie sich den deutschen Rechtsideen assimilierten. Nur für das Familienrecht erlangte die Weltanschauung des Christentums mehr und mehr richtunggebende Kraft.

In den Grundzügen einheitlich, war das Recht im einzelnen stammesrechtlich differenziert. In den deutschen Stämmen ging die Rechtsentwicklung vor sich. Zeugnisse dessen sind in fränkischer Zeit die Volksrechte; die letzte und reifste Frucht dieser Entwicklung ist der Sachsenspiegel, eine Privatarbeit, die das Sachsenrecht des 13. Jahrhunderts darstellt.

Fortbildung und Überlieferung fand das Recht durch Gerichtsspruch und Rechtsweisung, nicht durch Gesetze. Auch die Aufzeichnung der Volksrechte bezweckte nur die Erhaltung des bei Berührung mit der antiken Kultur gefährdeten nationalen Gewohnheitsrechts. Die Reichsgesetzgebung der karolingischen und deutschen Kaiser schuf kein Privatrecht.

2. Mit dem **Zerfall der Stämme** im 12. Jahrhundert ging auch die Einheit des Stammesrechts verloren. In den neuen örtlichen Verbänden, den Städten, Grundherrschaften, Landesherrschaften entstand ein neues, inhaltlich und örtlich verschiedenes Recht. Stadtrecht schied sich von Landrecht, und in den Lehns-, Dienst- und Hofgerichten traten neue Zentren der Rechtsbildung auf, die große Teile der ritterlichen und bäuerlichen Bevölkerung für eine ständig wachsende Zahl von Angelegenheiten den Landgerichten entzogen. Das Gewohnheitsrecht wich der autonomen Satzung. So wurden

Tausende von Stadt- und Landrechten, Weistümern und Öffnungen, Hof- und Dienstrechten niedergeschrieben. Das fortgeschrittenste Recht brachte das Stadtrecht hervor. Hier führte das Recht der Kaufleute (jus mercatorum) schon seit dem 12. Jahrhundert zu individueller Rechtsgestaltung der Vermögensinteressen, der eidgenossenschaftliche Zusammenschluß zu bürgerlicher Rechtsgleichheit. Trotz der Bildung von Stadtrechtsfamilien konnte jedoch im Rechtskreise der Städte keine Rechtseinheit erzielt werden, und der Gegensatz zum Landrecht vertiefte sich weiter. Der Erfolg war trostlose Rechtszerrissenheit.

Damit war der Weg zur Rezeption des römischen Rechts geebnet. Schon zur Zeit Ottos III. galt die Kodifikation Justinians als deutsches Kaiserrecht. Diese theoretische Rezeption hatte nur geringe praktische Folgen. Doch schuf die Schule der Glossatoren von Bologna (1100—1250), abgeschlossen durch die glossa ordinaria des Accursius, durch Exegese der Quellen eine erste Erkenntnis des römischen Rechts, das die Postglossatoren (1250—1500) dem Bedürfnis des praktischen mittelalterlichen Rechtslebens anpaßten und in ein durchsichtiges Rechtssystem gliederten. Hauptvertreter waren Bartolus de Sassoferrato und sein Schüler Baldus de Ubaldis. Neben dem kanonischen Rechte wurde auf den Universitäten nun auch dieses römisch-italienische Recht Unterrichtsstoff, in Deutschland seit Ausgang des 14. Jahrhunderts (Legisten). Juristisch geschulte Beamte, die dem spätmittelalterlichen Territorialstaat Bedürfnis waren, fanden hier ihre Vorbildung.

Naturgemäß bevorzugten die gelehrten Richter auch in ihrer Rechtsprechung das römische Recht. Entscheidend wurde das Reichskammergericht, das seit langem schon vorzugsweise mit Rechtsgelehrten besetzt war. Die Ordnung von 1495 erhob diesen Brauch zum Rechtssatz und das römische Recht zur subsidiären Rechtsquelle. Die fürstlichen Hofgerichte auch der Kurlande schlossen sich dem an. Unterstützt von den juristischen Fakultäten zwangen sie die widerstrebenden Gerichte zur gleichen Praxis. Die Stadt- und Landrechtsreformationen endlich führten römische Rechtssätze in die Gesetzgebung ein. Nicht überall freilich war die Rezeption siegreich. Die Schweiz und Schleswig, vom Reichskammergericht unabhängig, blieben völlig unberührt. Auch bedeutende Handelsplätze, wie Hamburg und Lübeck, vermochten ihrem bereits hoch entwickelten einheimischen Recht treu zu bleiben.

Infolge der Rezeption trat zunächst eine unausgeglichene Mischung von römischem und deutschem Recht ein. Wissenschaftlich herrschte durchaus das römische Recht, das nunmehr in seinen Quellen unmittelbar erforscht wurde (Zasius, Cujacius, Donnellus). Aber daneben entwickelte sich in der Praxis der Gerichte ein usus modernus pandectarum und strebte eigener wissenschaft-

licher Ausgestaltung zu, so die Kameraljurisprudenz in Zusammenhang mit der Praxis des Reichskammergerichts, so das gemeine Sachsenrecht auf Grund der Rechtsprechung der sächsischen Schöffenstühle, die das Recht des Sachsenspiegels fortbildeten (Benedikt Carpzov 1595—1666).

Diese ganz wissenschaftliche Betätigung hielt sich in Deutschland, im Gegensatz besonders zu Frankreich, fast durchweg auf einem niedrigen Niveau; selbständigen juristischen Denkens noch ungewohnt, hielt man Spitzfindigkeit für Scharfsinn, hochtrabende Schwülstigkeit für Gelehrsamkeit, Einzwängung deutscher Rechtsinstitute unter die römische Schablone für Erkenntnis. So verlor das Recht jede Volkstümlichkeit; eine unheilvolle Kluft zwischen dem Juristenstand und dem Volk tat sich auf.

3. Mit dem 18. Jahrhundert begann die Verdrängung des römischen Rechts. Das Naturrecht war sein geborener Feind. Schon Hermann Conring und Leibniz hatten seine Ersetzung durch ein deutsches Gesetzbuch gefordert. Erfüllt wurde dieser Wunsch zuerst von den größeren deutschen Territorialstaaten, deren absolute Staatsgewalt für ihren Bereich nach Rechtseinheit strebte. Freilich das Bayrische Landrecht von 1756, eine bloße Kodifikation des gemeinen Rechts, ließ nicht nur die Partikularrechte bei Bestand, sondern bewahrte auch noch die subsidiäre Fortgeltung des gemeinen Rechts. Dagegen haben alle späteren Kodifikationen beide Rechtsquellen tatsächlich beseitigt. So auch das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, das die Partikularrechte noch anerkannte, die aber in der Einigungsbewegung der Freiheitskriege abstarben.

Die Grundlagen des ALR. schuf Samuel von Cocceji (1749), aber die Schöpfer des Werkes waren von Carmer und Suarez. In einmütiger langjähriger Arbeit wollten sie das Ziel der deutschen Aufklärung, den einzelnen zum freien und pflichtbewußten Mitglied der staatlichen Gesellschaft zu erziehen, gesetzgeberisch verwirklichen. Friedrich der Große war ihnen dabei Auftraggeber und Vorbild zugleich. Ihr Werk war an das durchschnittlich gebildete Bürger- und Bauerntum gerichtet, daher in breiter Kasuistik auf Volkstümlichkeit und Vollständigkeit angelegt. Noch kamen sie dem richterlichen Beamten mit Mißtrauen entgegen, vor dessen Willkür das Volk zu schützen war. Sie lehnten daher jede richterliche oder wissenschaftliche Fortbildung des positiven Rechts sowie das Gewohnheitsrecht ab. In naturrechtlichem Gewande wurde hier das deutsche Recht wieder geboren und der Bruch mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft für die preußische Praxis angebahnt.

Für den Westen erfüllte die gleiche Aufgabe der Code Civil, 1804 von Napoleon für den französischen Einheitsstaat geschaffen, der in den linksrheinischen Gebieten auch nach dem Zusammenbruch fortgalt. Maßvoll verwirklichte das Gesetz die Forderung der Men-

schenrechte, schuf damit ein bürgerliches Recht für alle, wobei es seine Ideenwelt im Sinne des ancien regime dem germanischen droit coutumier Nordfrankreichs entnahm.

Als letzte Kodifikation wurde 1811 das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für Österreich publiziert. Schon Leibniz hatte 1670 Leopold I. eine Kodifikation vorgeschlagen. Die Vorarbeiten gediehen 1766 zum Codex Theresianus, dem die Kaiserin die Sanktion verweigerte. 1786 wurde der Entwurf Horten (Josefinisches Gesetzbuch) in Geltung gesetzt, 1797 der Entwurf Martini als westgalizisches Gesetzbuch. Das ABGB. steht auf dem Boden des Naturrechts. Franz von Zeiller wollte hier die Ideen der Gerechtigkeit und der Freiheit aller verwirklichen. Das Gesetz schuf Rechtseinheit für das engere Österreich, beseitigte die Geltung des statutarischen Rechts und des gemeinen Rechts.

Schrifttum: Stölzel: Carl Gottlieb Suarez, 1885. — Le Code civil 1804—1904, Livre du centenaire 1904. — Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB., 1911, bes. Wellspacher: Das Naturrecht und das ABGB., S. 173. — Swoboda: Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 1926; Franz von Zeiller: 1931. — Bonnecase: La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, 1933. — Dilthey: Gesammelte Schriften 12, 1936. — Thieme: Die preußische Kodifikation, ZRG. G. 57, 1937, S. 355.

Die Kodifikationsbewegung führte eine völlige Scheidung von Wissenschaft und Praxis herbei. Die Wissenschaft der Universitäten war die gemeinrechtliche; den deutschen Partikularrechten erwuchs im 19. Jahrhundert mit wenigen Ausnahmen nur eine Kommentarliteratur minderen Ranges. Neue Rechtszersplitterung setzte sich an Stelle der Rechtseinheit durch. In Preußen wurde diese nicht einmal innerhalb des Staates selbst erreicht: die neu erworbenen Gebiete behielten das gemeine oder das französische Recht bei. So entsprach im 19. Jahrhundert der politischen Zerrissenheit des deutschen Volkes die seines Rechtslebens. Den immer lauter werdenden Rufen nach Rechtsvereinheitlichung vermochte man in den Zeiten des deutschen Bundes nur für Wechsel- und Handelsrecht nachzukommen. Erst mit der Errichtung des Reiches war die Bahn für die Schaffung eines gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts frei. Bei der Schaffung des BGB. bot die Pandektistik die wichtigste Grundlage; nur die Kritik Gierkes führte einige deutschrechtliche Verbesserungen herbei. Nach dem BGB. bricht Reichsrecht Landrecht, und die lange Liste des im Einführungsgesetz noch vorbehaltenen Landesprivatrechts hat sich ständig verringert.

Ähnlich hat die Schweiz die kantonale Zersplitterung des bürgerlichen Rechts beseitigt: 1881 für das Obligationsrecht, 1907 durch das ZGB. für das gesamte bürgerliche Recht (in Kraft seit 1. 1. 1912). Das ZGB., ein Werk Eugen Hubers, zeichnet sich durch Kürze, Einfachheit, Klarheit und deutschrechtlichen Inhalt aus.

Schrifttum: Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2 Bde., 1860, 1864. — Dahlmann-Waitz: Quellenkunde der deutschen Geschichte, 8. Aufl., 1912. — v. Below: Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, 1905. — Goetz: Das Wiederaufleben

des römischen Rechts im 12. Jahrh., Arch.KulturG. 10, 1912, S. 25. — Girard: Les preliminaires de la renaissance du droit romain, RHDFE.4, 1922, S. 5. — A. B. Schwarz: Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG.R. 47, 1921, S. 578. — Schultze-von Lasaulx: Die Krise des gemeinen Sachsenrechts, Festschrift für Hedemann, 1938. — Koschaker: Europa und das römische Recht, 1947. —

§ 3. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts.

I. Das ältere Schrifttum.

1. Das Schrifttum des deutschen Privatrechts setzt im 13. Jahrhundert ein mit dem genialen Rechtsbuch des Ritters Eike von Repchow, dem Sachsenspiegel (zwischen 1221 und 24). Die Flut des Rechtsstoffs, im ganzen chaotisch strömend, ist doch im einzelnen mit bewundernswerter Schärfe gefaßt; schöpferische Gestaltungskraft schuf hier ein Meisterwerk. Hierin stehen die späteren Stadt- und Landrechtsbücher dem Sachsenspiegel nach; doch weisen sie z. T. erhebliche Fortschritte in Systematik und Methode auf (so z. B. das Meißener Rechtsbuch, das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, das Wiener Stadtrechtsbuch). Noch im 14. Jahrhundert beginnen im römischen Recht gebildete Juristen den Sachsenspiegel und andere Rechtsbücher zu glossieren, um deren Harmonie mit dem römisch-kanonischen Recht nachzuweisen. Ihre eigenen Rechtsbücher, wie z. B. das wertvolle Brünner Schöffenrecht des Johann von Gelnhausen, geben aber meist rein deutsche Rechtssätze wieder.

2. Mit der Rezeption hört die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem deutschen Recht auf, und das römische Recht tritt an seine Stelle. Zunächst erscheinen mehrere „Spiegel", der Klagspiegel, der Laienspiegel, die das römische Recht in populärer Form darstellen. Das nachfolgende rechtswissenschaftliche Schrifttum ist das gemeinrechtliche. Für dieses war das deutsche Recht unentdeckt. Freilich bestand Anlaß, besonders in Sachsen infolge der selbständigen deutschrechtlichen Praxis der sächsischen Schöffenstühle, auch das deutsche Recht zu berücksichtigen. Aber das geschah im Sinne einer Fortbildung des römischen, nicht des deutschen Rechts. Es ist die Wissenschaft des usus modernus pandectarum.

3. Noch im 17. Jahrhundert begann man, die Eigenart des deutschen Rechts aus seinen älteren Quellen zu erschließen. Diese waren schon im Zeitalter des Humanismus in großer Zahl ediert worden. Aber die Juristenzunft beachtete sie ebensowenig wie des großen Hugo Grotius Inleiding tot de hollandsche Rechtsgeleertheyd (1631), die das holländische Recht der Zeit und seine Geschichte aus den älteren holländischen, durchaus deutschrechtlichen Rechtsquellen entwickelte. Da erschien 1643 das bedeutende Werk Hermann Conrings, De origine juris Germanici, in dem zuerst die Eigenart des deutschen Rechts gegenüber dem römischen aus den deutschen Rechtsquellen erschlossen und wissenschaftlich begründet wurde.

Seitdem kam es zu zahlreichen Sammlungen deutscher Rechtsquellen und zunächst zaghaften Anfängen wissenschaftlicher Bearbeitung (Schilter 1632—1705, Heineccius 1681—1741). Aber schon 1705 hielt Christian Thomasius (1655—1728) in Halle die erste Vorlesung über deutsches Privatrecht. Mit ihm beginnt die Geschichte der Wissenschaft des deutschen Privatrechts, denn er unternahm es als erster, auf Grund der deutschen Rechtsquellen ein System des Privatrechts zu schaffen. Das erste Lehrbuch schrieb sein Schüler Georg Beyer (Delineatio iuris Germanici 1718). Die weitere Fortbildung dieses Systems durch Pütter (1725—1807) und Selchow (1732—1795) erstrebte die Erschließung der den partikulären Quellen gemeinsamen deutschrechtlichen Ideen und sprach folgerichtig den so gewonnenen Sätzen nur theoretische Bedeutung zu. Dagegen suchte Runde (1741—1807) ihre praktische Geltung naturrechtlich zu begründen.

4. Im 17. Jahrhundert kam die neue Schule des Naturrechtes auf. Sie verdrängte die Herrschaft der philologisch-historischen Bildung und setzte an deren Stelle einen rationalistischen Finalismus auf Grundlage der Mathematik. Wie das römische und das kanonische Recht stellte das Naturrecht einen universellen Geltungsanspruch auf und wurde bald mittels der französischen Sprache europäisches Gemeingut. Auch für das Privatrecht erwies es sich als geistesmächtige Kraft. Der Begründer der Schule, der Niederländer Hugo Grotius, hatte schon in seiner Inlejdinge (1631) naturrechtliche Elemente mit deutschen und römischen zu einem selbständigen Privatrechtssystem verbunden. In seinem Werke Jus Naturae et Gentium von 1672 hat dann Samuel Pufendorf alle Gebiete des Privatrechtes naturrechtlich neu geordnet, ohne das überlieferte Recht wesentlich zu verändern. Für Frankreich übte Jean Domat eine ähnliche Wirkung aus (Les loix civiles dans leur ordre naturel 1689—1694), und in England hat William Blackstone die Naturrechtslehre des Kontinents seinen epochemachenden Commanderies on the Laws of England (1765—69) systembildend zugrundegelegt. Inzwischen hatte Christian Thomasius (1650—1728) durch kritische Erörterung praktischer Fragen des Zivilrechts die Überwindung des überlieferten Rechtes in freiem Denken angebahnt. Im 18. Jahrhundert hat dann die Aufklärung, getragen durch das französische Dreigestirn: Montesquieu (Esprit des lois, 1748), Voltaire (Essai sur les moeurs et l'esprit des nations, 1756) und Rousseau (Contrat social, 1762), ihr politisches Ziel, im Staate Vernunft und Menschenwürde durchzusetzen, erreicht, und so kam es überall zu einer Erneuerung durch Gewalt oder Reform. Für das Privatrecht bedeutete das die Anerkennung der Menschenrechte, der Freiheit, Gleichheit und Sicherheit aller Bürger.

Schrifttum: v. Voltelini: Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jh., H. Z. 105, 1910, S. 65ff. — Mornet: Les origines intellectuelles de la révolution française, 1933. — Thieme: Die Zeit des späten Naturrechts, ZRG.G. 56, 1936, S. 202; Das Naturrecht und die euro-

päische Privatrechtsgeschichte, 1947. — Voeltzel: Jean Domat (1625—1696), 1936. — Battaglia: Christiano Thomasio, 1936. — F. Beyerle: Der andere Zugang zum Naturrecht, Deutsche Rechtswissenschaft 4, 1939, S. 3f. — Wolf: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 2. Aufl., 1944. —

II. Die historische Rechtsschule.

Die aus der Romantik geborene historische Rechtsschule kehrte sich vom Naturrecht und seinem, wie man meinte, ausschließlich unhistorischen und spekulativen Geiste ab. Sie sah im Lichte Herders das Recht als das Produkt der geschichtlichen Entwicklung, als eine Auswirkung des Volksgeistes an. Aus dieser Gesinnung erwuchs auch das deutsche Privatrecht im modernen Sinne. Karl Friedrich Eichhorns Einleitung in das deutsche Privatrecht 1823 deckte den Entwicklungsgang des deutschen Rechts auf und lehrte, das Privatrecht seiner Zeit als Produkt dieses gesetzmäßigen Ablaufs zu erkennen. Alle nachfolgenden Darstellungen, die in Einzelheiten über Eichhorn weit hinausführten, beruhten auf dieser Grundanschauung. Dabei hielten Eichhorn wie auch seine großen Nachfolger Beseler und Gierke an der praktischen Geltung des deutschen Privatrechts fest. Mit Unrecht. Denn die Sätze des deutschen Privatrechts besaßen nur zu geringem Teil gewohnheitsrechtliche Kraft. In Wahrheit war ihre Bedeutung, wie Albrecht und Gerber betonten, eine wissenschaftliche, aber gerade damit im höchsten Sinne praktische: denn nur die gewaltige theoretische Gedankenarbeit, die am deutschen Privatrecht im 19. Jahrhundert von einer glänzenden Reihe großer deutscher Juristen geleistet wurde, schuf die deutschrechtliche Grundlegung der neuesten zivilistischen Gesetzgebung und Wissenschaft.

Schrifttum: Stintzing-Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3 Abt., 1880—1911. — Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jh., 1910, 1935. — Gierke: Die historische Rechtsschule und die Germanisten, 1903. — Conrad: Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule, ZRG.G. 65, 1947. — Mitteis: Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, 1947. —

Heute ist die Historische Rechtsschule längst selbst zur Rechtsgeschichte geworden. Niemand würde jetzt mit von Savigny glauben, durch Wiederbelebung eines alten Kulturrechts die Rechtsnöte der Gegenwart meistern zu können. Im Gegenteil: man weiß, daß die Schlacken des gemeinen Rechts im BGB. viel zu wenig überwunden sind, aber auch, daß ein kleinbürgerlicher bürokratischer Positivismus der Erzfeind aller freien Rechtserneuerung ist. Rechtspolitisch muß das Denken des Juristen nach vorwärts, nicht nach rückwärts gerichtet sein. Jedes neue Recht muß aus dem richtig erkannten Rechtsbedürfnis der Gegenwart geschöpft sein. Über die Methode der Rechtsschöpfung mag man streiten, der eine wird von teleologischer oder soziologischer Jurisprudenz sprechen, der andere von einem neuen Naturrecht. Das Ziel, die Schöpfung

eines gerechten Rechts, ist für alle das gleiche. Viele Wege führen zum richtigen Recht. Ein solcher Weg wird auch immer die Rechtsgeschichte bleiben. Man muß sich nur von der Vorstellung freimachen, als ob hier die allein mögliche Richtschnur zu finden sei.

Schrifttum: Jhering: Der Zweck im Recht, 1877—83. — Anton Menger: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890. — Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1896. — Kantorowicz: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Aus der Vorgeschichte der Freirechtsbewegung, 1925. — Karl Renner: Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, 1914. — Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914. — Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, 1932. — Thieme: Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 1947. — Coing: Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947. —

III. Verhältnis der europäischen Rechte untereinander.

1. Die Rechtsgeschichte zeigt, daß trotz der bunten Schicksale der Menschheit gleiche Rechtsgedanken, gleichartige Lösungen unabhängig von Rasse und Nation immer wiederkehren. Aber je älter die Nation wird, je differenzierter ihre Kultur, desto charakteristischer wird ihr Profil. Unter den großen europäischen Nationen der Mitte und des Westens tritt jede mit ihrer besonderen Eigenart hervor. Sie alle beruhen auf germanischer Kultur. Sie alle haben im Mittelalter gleiche Durchdringung mit antiken und christlichen Kulturelementen erlebt; von Süden und Westen kommend, sind die Kulturströme nach Osten und Norden vorgedrungen. Die Besonderheit der europäischen Völker ergibt sich aus der verschiedenen Intensität der Blutmischung, aus der Verschiedenheit der Umwelt, aus den politischen Schicksalen. Auch das Volk der Deutschen, im Kern germanisch, doch national deutsch, hat seine besondere Eigenart. Und sein Recht, ebenfalls in der Grundidee germanisch, ist doch auch wieder national deutsch, eine geschlossene Geistesschöpfung einer großen Kulturnation. Alle die ungezählten Einwirkungen fremder Kulturelemente wurden wieder abgestoßen, soweit sie nicht mit der inneren Fortentwicklung des deutschen Rechts eine organische Verbindung eingegangen waren.

Zur Charakteristik der Rechtsgeschichte der wichtigsten westlichen Nachbarstaaten Deutschlands, Frankreich und England, deren Privatrecht bei den einzelnen Rechtsmaterien angegeben wird, folgen einige kurze Notizen.

Schrifttum: Eugen Huber: Schmollers JB. 20, 1896, S. 441. — Heusler: Von germanischer und deutscher Art, Z. f. Deutschkde. 39, 1925, S. 446. — Merk: Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts, 1925. — Heusler: Altgerman. Sittenlehre und Lebensweisheit und Frhr. v. Schwerin: Der Geist des altgerman. Rechts in: Germanische Wiedererstehung hg. v. Nollau, 1926, S. 156 ff. und S. 205 ff. — Herbert Meyer: Recht und Volkstum, 1929.

2. **Frankreich.** Infolge der frühen Entfaltung des Lehnswesens und der Schwäche der königlichen Gewalt erscheint Frankreich in früher Zeit in zwei Sprach- und Rechtsgebiete geteilt: die nördliche Zone (langue d'oil) mit Herrschaft des germanischen Gewohnheitsrechts, die südliche (langue d'oc) mit Herrschaft des geschriebenen (römischen) Rechts (droit écrit). Bei starker gegenseitiger Beeinflussung entwickelte jede Landschaft ihre eigene coutume. Seit dem 13. Jahrhundert entfaltete das aufstrebende Königtum mit seinem Gericht (curia regis) und Beamtentum die Grundlagen für ein gemeines kutumiäres Recht unter starkem Einfluß römischer und kanonischer Rechtsgewohnheiten. Damals entstand das berühmteste französische Rechtsbuch, die Coutume du Beauvoisis des Beaumanoir (1283), ein durch selbständige und feine juristische Durchdringung des Rechtsstoffes hervorragendes Werk. Aber maßgebend im Rechtsleben blieben die Coutumes. Zur Herstellung authentischer Texte gebot Karl VII. 1453 schriftliche Aufzeichnung und Einreichung beim Parlament zur Bestätigung. Die Prüfung wurde am Ende des 16. Jahrhunderts beendet. Inzwischen hatte Jacob Cujacius 1522—90 dem römischen Recht eine stärkere Geltung verschafft. Die homologierten coutumes blieben stationär, und die Rechtsentwicklung ging auf die königliche Gesetzgebung (ordonnances) über. Unter Ludwig XIV. wurden bereits Zivilprozeß und Handelsrecht gesetzlich geregelt. Die ordonnance du commerce von 1673 war das Werk von Jacques Savary. Im übrigen blieb das Privatrecht im wesentlichen kutumiär. Bis 1789 bestanden noch 60 Territorialrechte und 300 Stadtrechte. Großes Ansehen gewann Pothier (1699—1772), der die coutumes von Orléans kommentierte; sein bedeutendstes Werk war der Traité des obligations. Nachdem die Konstitution von 1791 auch die privatrechtliche Rechtseinheit zugesagt hatte, legte Cambacérès (1753—1824) den Entwurf eines Zivilgesetzbuches vor, der 1804 zum Code Civil führte.

3. **England.** Das englische Privatrecht geht in seinem Kern auf das angelsächsische Recht zurück. Die normannische Eroberung gestaltete nur das Verwaltungs- und Verfassungsrecht im fränkisch-normannischen Sinne. Obwohl in Oxford bereits im 12. Jahrhundert römisches Recht gelehrt wurde, bewahrte sich das juristisch gebildete berufsmäßige Richtertum, das seit dem 13. Jahrhundert der Anwaltschaft entnommen wurde, sein nationales Recht. Seit Heinrich I. (1100—1135) wurden sämtliche Verhandlungen vor dem Königsgericht protokolliert. Diese Records fanden ihre Ergänzung in den Reports, die den Rechtsfall nur in den juristisch wesentlichen Punkten erläuterten. Dieses hervorragende Rechtsmaterial fand seine erste Bearbeitung um 1188 durch Glanvilla, vor allem durch Heinrich von Bratton (De legibus et consuetudinibus Anglie, vor 1259). Im 15. Jahrhundert kam es bereits zur ersten monographischen Darstellung einer Bearbeitung des Besitzrechts am Boden durch Littleton 1475 (Tenures), die später Edward Coke (1552—1634) kommentierte; dieser war als der bedeutendste Reporter Englands anerkannt und schrieb bereits 1688 in englischer Sprache die Institutes of the Law of England. Seit dem 14. Jahrhundert entwickelte sich langsam eine vom Common Law befreite Billigkeitsjustiz, die in besonderen Gerichtshöfen die Entstehung neuer Rechtsinstitute ermöglicht hat (equity). Überhaupt blieb die Gerichtspraxis, nicht Gesetz und Wissenschaft, Trägerin der Rechtsentwicklung. So konnte William Blackstone (1723—1780) die gesamte englische Rechtspraxis seiner Zeit in klarer Form zur Darstellung bringen (Commanderies of the Law of England). Erst das 19. Jahrhundert mußte neue Wege suchen. Eine Anzahl privatrechtlicher Materien wurde nun gesetzlich geregelt (consolidation). Im übrigen blieb der Vorrang der Rechtssprechung erhalten. In der Darstellung gewann die kontinentale Rechtswissenschaft, besonders die deutsche Pandektologie, erheblichen Einfluß.

IV. Das neuere Schrifttum:

1. Die wichtigsten Lehr- und Handbücher sind: Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1823, 5. Aufl. 1845. — Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3 Bde., 1847, 1853, 1855, 5. Aufl., 2 Bde., 1885. — Gerber: System des deutschen Privatrechts, 1848, 17. Aufl. von Cosack, 1895. — Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 5 Bde., 1873—1833, 3. Aufl., Bd. I—IV, herausg. von Karl Schulz und H. O. Lehmann, 1893—1900. — A. Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, 2 Bde. 1885/86. — Otto v. Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I—III, 1895—1917 (grundlegend). — Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1908, 5. Aufl. 1930. — v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1919, 2. Aufl. 1928. — v. Schwind: Deutsches Privatrecht, 1919—1921. — Schreuer: Deutsches Privatrecht. 1921. — Haff: Institutionen des deutschen Privatrechts I, 1927. —

2. Geschichte des schweizerischen, niederländischen, französischen, italienischen, englischen, spanischen und skandinavischen Privatrechts: Huber: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 Bde., 1886—1893. 2. Aufl. von Mutzner seit 1932. — Hugo de Groot: Inleiding tot de hollandsche Rechtsgeleertheyd. Nieuwe Uitgave door L. J. van Apeldoorn, 1939. — Fockema Andreae: Het oudnederlandsch burgerlijk recht, 1906. — De Blécourt: Cort begrip van het oudvaderlandsch burgerlijk recht, 3. Aufl. 1930. Dazu Bewijsstukken, 2 Bde. 1924/26. — Viollet: Histoire du droit civil français, 3. Aufl. 1905. — Brissaud: Manuel d'histoire du droit privé, 1908. — Chénon: Histoire générale du droit français public et privé, I 1926, II,1 1929. — Olivier-Martin: Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, I 1922, II 1926, 1930. — Salvioli: Storia del diritto italiano, 3. Aufl. 1921. — Pertile: Storia del diritto italiano, 2. Aufl., 7 Bde., 1892—1903. — Schupfer: Il diritto dei popoli germanici con speciale riguardo all' Italia, 4 Bde., 1907—1909. — Pollock and Maitland: The history of English Law, 2. Aufl., 1898. — Holdsworth: History of English Law, 9 Bde., 1903—1926. — Heymann in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswiss. 2, 7. Aufl. 1914, S. 281. — Geldart: Grundzüge d. engl. Rechts, übersetzt von Regendanz, 1929. — De Hinojosa: Historia general del derecho espagnol, I 1887. — Wohlhaupter: Privatrecht der Fueros de Aragon, ZRG.G. 62, 1942; 63, 1943; 64, 1944. — Kolderup-Rosenvinge: Grundriß der dänischen Rechtsgeschichte, übers. von Homeyer, 1825. — Maurer: Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte, 5 Bde., 1907—1914.

3. Quellen zum deutschen Privatrecht finden sich gesammelt in: Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 1830, 6. Aufl. von Frensdorff, 1886. — Loersch und Schröder: Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts, 1874, 3. Aufl. von Schröder und Perels, 1912.

4. Geschichte der handelsrechtlichen Institute bei: Rehme: Geschichte des Handelsrechts, 1913 (in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts I).

5. Von Arbeiten zur Wirtschaftsgeschichte nenne ich: Kötzschke: Deutsche Wirtschaftsgeschichte bis zum 17. Jahrh., 2. Aufl., 1921. — Kötzschke: Allg. Wirtschaftsgesch. d. Mittelalters, 1924. — Kulischer: Allg. Wirtschaftsgesch. d. Mittelalters und der Neuzeit, 1926. — Max Weber: Wirtschaftsgeschichte, 1923.

6. Hingewiesen wird ferner auf v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts, 3. Aufl., 1913 und auf die Darstellung der deutschen Rechtsgeschichte in den Lehrbüchern von Heinrich Brunner (2 Bde., 1887ff., Bd. I, 2. Aufl., 1906, Bd. II, 2. Aufl. von v. Schwerin, 1928), Grundzüge (8. Aufl. von v. Schwerin, 1930), Richard Schröder (7. Aufl. von v. Künssberg, 1932), und v. Schwerin (2. Aufl., 1915). Wertvoll sind weiter die Artikel in Hoops Reallexikon der germanischen Altertumskunde 1911—1919 (besonders von Herbert Meyer, Puntschart, Rietschel, Zycha), im Handelswörterbuch der Rechtswissenschaft, 1926—1929 von Stier-Somlo u. Elster (bes. von v. Künssberg und Planitz) sowie in Eberts Reallexikon der Vorgeschichte. Deutschrechtliche Untersuchungen werden gesammelt in: Gierke: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte (seit 1878), Beyerle: Deutschrechtliche Beiträge (seit 1906), Heymann: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht (seit 1909). Forschungen zum deutschen Recht (seit 1934), jetzt herausgegeben von F. Beyerle, Planitz und Rauch. Die maßgebende rechtshistorische Zeitschrift ist die Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung, jetzt herausgegeben von Planitz. Auf die oben genannten Werke wird ein für allemal verwiesen. Zu den einzelnen Paragraphen werden einzelne ausgewählte Spezialwerke angegeben, um zum Selbststudium anzuregen.

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

I. Abschnitt.

Die Rechtsvorschriften.

§ 4. Das Wesen des Rechts.

I. Das Recht stellt für das Gemeinschaftsleben der Menschen Regeln auf, deren Verwirklichung es fordert. Es ist eine soziale Erscheinung wie Sitte und Sittlichkeit, unterscheidet sich von ihnen aber dadurch, daß die Verletzung der Rechtsregel äußeren Zwang hervorruft. Das Recht erscheint dem Germanen als etwas Unveränderliches, Ewiges; in christlicher Zeit leitet man seinen Ursprung von Gott selbst her. Als Teil der göttlichen Weltordnung kann das Recht daher auch nicht von Menschen gesetzt, sondern nur „gefunden" werden. Der Staat macht nicht das Recht, er hat ihm nur mit seinen Machtmitteln zu dienen. Erst der absolute Staat sah nach römischem Vorbild im Recht den staatlichen Machtspruch. Die Folge davon war die Vorherrschaft der formalen Logik, der einseitigen juristischen Technik, die mit der Annahme des rezipierten Rechts und sodann mit dem positiven Recht der Kodifikation verbunden ist. Mit dem Naturrecht beginnt die neue Bewegung, der Idee der Gerechtigkeit den Vorrang vor dem positiven Recht zu sichern. So entsteht eine neue freie Rechtsfindung. Sie kann sich nicht im Interessenausgleich zweier Individuen erschöpfen, sondern muß der höheren Idee der Gerechtigkeit dienen.

Das germanische Recht ist weiter grundsätzlich strenges Recht. Dem Richter ist nicht gestattet, von der formulierten Satzung abzuweichen; ein gegebenes Wort muß auch gelten, wenn seine wörtliche Anwendung unbillig wirkt. Eine Billigkeitsjustiz auch gegen das Volksrecht entfaltete zuerst das fränkische Königsgericht. Während aber in England aus der Rechtsprechung des Kings Bench ein besonderes System der equity hervorging, durchdrang in Deutschland der Gedanke der Billigkeit seit dem späteren Mittelalter das bestehende Rechtssystem selbst, bis er zu einer Grundfeste des geltenden Rechts wurde (vgl. z. B. BGB. 242, 315, 826). Die Strenge des germanischen Rechts hängt mit seinem typischen Formalismus aufs engste zusammen. Seine Rechtsregeln sind in konkreten, plastischen Formeln niedergelegt, die Rechtshandlungen bedürfen der Symbole und Solennitäten (§ 10 I, 11 II 1), die Privatverhältnisse bedürfen der Verwirklichung in einer äußeren Erschei-

nung, wenn sie im Rechtsverkehr Geltung gewinnen sollen. So wird die Erlangung voller Handlungsfähigkeit aus den Merkmalen voller körperlicher Reife erkannt, die Rechte über Personen müssen in dem äußeren Gewaltverhältnis der Munt sichtbar werden, vor allem aber sind Sachenrechte ohne die körperliche Herrschaft (die Gewere) nicht denkbar. So ist das Recht vom Grundsatz der Offenkundigkeit (Publizitätsprinzip) beherrscht. Daran hielt man genau fest, als der typische Formalismus der Frühzeit verschwand. Das Publizitätsprinzip hat insbesondere im Sachen- und Wertpapierrecht neue originale Rechtsbildungen hervorgerufen, die in das geltende Recht übergingen.

Schrifttum: Jacob Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, 1828, 4. Aufl. (Heusler und Hübner) 1899. — Frensdorff: Recht und Rede, 1886. — v. Zallinger: Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht, 1898. — v. Amira: Die Handgebärden, 1905; Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik, 1909. — Herbert Meyer: Das Publizitätsprinzip, 1909. — F. Beyerle: Sinnbild und Bildgewalt, ZRG.G. 58, 1938. — Schwineköper: Der Handschuh im Recht, 1938. — v. Schwerin: Zur Herkunft des Schwertsymbols, Festschrift für Koschaker III, 1939. — Wohlhaupter: Die Kerze im Recht, 1940. — v. Künssberg: Messerbräuche, 1941; Schwurgebärde und Schwurfingerdeutung, 1941.

II. Die Scheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, die das moderne Recht beherrscht, ist dem älteren deutschen Recht fremd. Es geht von einem einheitlichen Rechtsbegriff aus, der beide Gebiete verbindet. So sind die Familienverbände der alten Zeit noch von öffentlich-rechtlicher Bedeutung; das Lehnrecht hat seine privat- und öffentlich-rechtliche Seite; Grundeigentum und öffentlich-rechtliche Befugnisse erscheinen miteinander verknüpft. Doch gab es von Anfang an Institute rein privatrechtlichen Inhalts (Ehe, Bürgschaft, Fahrnisrecht), und im späteren Stadtrecht wird das Privatrecht vom öffentlichen Recht klar geschieden. Die volle Durchführung brachte die Pandektenwissenschaft. Sie bildete System und Methode der Privatrechtswissenschaft aus, die sie im vollen Gegensatz zum öffentlichen Recht entwickelte. Dem schloß sich die Wissenschaft des deutschen Privatrechts an. Aber es verblieb ihr eine Fülle von Rechtsgebilden, die dem Privatrecht wie dem öffentlichen Recht angehörten (z. B. Körperschaften, Regalien), und die neueste Entwicklung hat neue Mischgebilde hervorgebracht (s. o. § 2, I, 3).

§ 5. Quellen und Erscheinungsformen des Rechtes.

Jeder Rechtssatz bedarf der Schöpfung durch eine hierfür zuständige Rechtsquelle. Diese kann durch einen bewußten Willensakt den Inhalt des Rechtssatzes feststellen (das gesetzte Recht). Es kann aber auch in der Gemeinschaft der Rechtsgenossen sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung bilden und durch rechtmäßigen Ausspruch zum Rechtssatz werden (Gewohnheitsrecht).

I. Das Gewohnheitsrecht hat das Privatrecht der ersten Epoche der deutschen Rechtsentwicklung fast unbeschränkt beherrscht.

Das Recht lebte ungeschrieben in der Rechtsüberzeugung des Volkes und wurde durch Gerichtsspruch und Rechtsweisung überliefert und fortgebildet. Während des ganzen Mittelalters wurden die von den Altvorderen überkommenen und in Übung befindlichen rechten Rechtsgewohnheiten als Rechtssätze anerkannt. Erst mit der Rezeption trat das Gewohnheitsrecht zurück. Man beließ ihm zwar den Charakter als Rechtsquelle, verlangte aber nach der romanistisch-kanonistischen Lehre den schwierigen Nachweis einmal langjähriger gleichmäßiger Übung mit rechtlicher Überzeugung und opinio necessitatis, weiter eines durch die Übung bekundeten Gesamtwillens der Rechtsgenossen und endlich der Rationabilität des Inhalts des Gewohnheitsrechts. Noch weiter ging die Landesgesetzgebung im Zeitalter des Absolutismus. Ihr erschien der Monarch als einzige Rechtsquelle. Gewohnheitsrecht konnte daher nur mit seiner Zustimmung entstehen. Der Landesgesetzgebung widersprechende, ja sogar sie ergänzende Gewohnheit war ohne Rechtskraft. Das 19. Jahrhundert hat dem Gewohnheitsrecht seine frühere Bedeutung wieder verliehen, zuerst die historische Rechtsschule für die Rechtslehre, sodann das BGB. für das Rechtsleben.

II. Gesetztes Recht ist Gesetz oder Satzung, je nachdem es vom Staate selbst oder von einem ihm eingegliederten Verbande geschaffen wird.

1. Die Satzung hat sich im Mittelalter einen außerordentlich weitverzweigten Geltungsbereich geschaffen. Jeder genossenschaftliche Verband besaß die Autonomie: er konnte durch Statut ein für seinen Bezirk verbindliches Recht setzen. In diesem Sinne sind alle Land- und Stadtrechte des Mittelalters Statuten. Dagegen haben die neueren Territorialstaaten für sich Gesetzgebungsgewalt beansprucht und die Autonomie der engeren Verbände nach Möglichkeit beseitigt. Erst das 19. Jahrhundert hat der Autonomie eine neue Bedeutung verliehen, da den öffentlichen wie privaten Verbänden das Recht wiedergegeben wurde, für ihren Lebensbereich im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung verbindliche Satzungen zu schaffen. Die Autonomie des hohen Adels hat die neueste Gesetzgebung aufgehoben (§ 15, II, 1).

2. Das Recht der Gesetzgebung stand im Mittelalter nur dem Kaiser und dem Papst zu. Für das Privatrecht kam diese Rechtsquelle im Mittelalter nicht in Betracht. Erst seit der Rezeption begann das Gesetzesrecht hervorzutreten, um bald zu überwiegen. Neben dem Reichsrecht des Corpus juris stand die landesherrliche Gesetzgebung der Land- und Stadtrechtsreformationen, später der Kodifikationen. Eine Zeit der Bevorzugung des durch gesetzgeberische Tat geschaffenen Rechtes brach an. Im 19. Jahrhundert suchte man das Privatrecht in allen seinen Teilen durch Gesetzgebung zu regeln.

III. Wissenschaft und Praxis sind als solche keine Rechtsquellen. Die Wissenschaft hat den Gedankengehalt der Rechtssätze zu er-

forschen, die Praxis hat den Rechtssatz auf den Einzelfall anzuwenden. Beide Betätigungen werden freilich durch die ständige Wandlung der Rechtstatsachen vor immer neue Probleme gestellt, zu Vermittlern neu entstehender Rechtssätze. So hatten schon im Mittelalter die Schöffensprüche großer Oberhöfe eine weithin die Rechtsbildung beeinflussende Kraft. Aber die richterliche Entscheidung schafft zunächst nur für den Einzelfall Recht (ABGB. 12); nur wenn sie die Grundlage eines dauernden Gerichtsgebrauches wird, kann sie die Kraft eines Rechtssatzes erhalten, weil Gewohnheitsrecht entsteht. Ebenso liegt es mit der Wissenschaft. Es war ein Irrtum, der freilich bei der einflußreichen Stellung der romanistischen Wissenschaft nach der Rezeption verständlich ist, wenn man die communis opinio doctorum als Rechtsquelle ansah (sog. Juristenrecht). Nur durch Gesetz oder Gewohnheit können die Ergebnisse rechtswissenschaftlicher Forschung zum Rechtssatze werden.

Schrifttum: Beseler: Volksrecht und Juristenrecht, 1843. — Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I, 1899.

§ 6. Der Herrschaftsbereich des Rechts.

I. Der räumliche Herrschaftsbereich. Das deutsche Privatrecht war von Anfang an nur in den Grundzügen einheitlich, im einzelnen zersplittert. In der Periode der Völkerschaften und der Stammesbildung galt innerhalb der Völkerschaften, des Stammes nur Stammesrecht. Der Stammesfremde war daher rechtlos. Doch machte bereits die Reichsgründung alle Reichsgenossen zu Rechtsgenossen, aber so, daß der stammesfremde Reichsgenosse überall nach seinem Stammesrecht behandelt wurde (Personalitätsprinzip). Damit wurde zum ersten Male die Idee der Anerkennung fremden Rechts zum Rechtssatz erhoben. Sie erschien im mittelalterlichen Kaiserreich als eine notwendige Folge seines universalen Charakters. Doch ging die Entwicklung zunächst andere Wege. Der persönliche Charakter des Rechts begann zu verblassen: das Stammesrecht strebte nach Rechtskraft für das räumliche Herrschaftsgebiet des Stammes. Damit kündigte sich das Territorialitätsprinzip an, das mit der Auflösung der Stämme zu voller Auswirkung gelangte. Die entstehenden örtlichen Verbände (Stadt, Grundherrschaft, Landesherrschaft) begannen sich nach außen abzuschließen und das in ihnen entstandene Recht als das für ihren örtlichen Bereich allein maßgebende zu behandeln. Der Gedanke der Territorialität fand seinen klassischen Ausdruck in der Statutentheorie der Postglossatoren. Danach gilt auf Grund freiwilliger Unterwerfung für die Rechtsverhältnisse der Person und für Fahrnis das Recht des Wohnsitzes (Personalstatut), für die der Grundstücke das Recht der belegenen Sache (Realstatut), für Rechtshandlungen das Recht des Ortes der Vornahme (statuta mixta). Diese Theorie hat die weitere Entwicklung beherrscht; sie hat, fortgebildet von den Franzosen und Nieder-

ländern, noch in die Kodifikationen und, wissenschaftlich neu fundiert, auch in das geltende Recht Eingang gefunden. Während sie aber zunächst nur das Verhältnis der Partikularrechte zueinander betraf, regelte sie jetzt, nach Ausbildung der modernen Völkerrechtsgemeinschaft, die Beziehungen der Rechte selbständiger Staaten, wurde also zur Grundlage des sogenannten internationalen Privatrechts. Die neuere Entwicklung brachte eine Rückkehr zum Personalitätsprinzip, wenigstens für die persönlichen privatrechtlichen Verhältnisse der Staatsangehörigen: für sie soll nicht mehr das am Wohnsitze, sondern das im Heimatstaate geltende Recht maßgebend sein.

Schrifttum: Neumeyer: Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts, 2 Bde., 1901, 1916.

II. Zeitlicher Herrschaftsbereich. Jüngeres Recht geht dem älteren vor. Aber nur für neu entstehende Rechtsverhältnisse. Unter der Herrschaft des alten Rechts entstandene Rechtsverhältnisse bleiben auch nach Änderung der Rechtsordnung vom alten Recht beherrscht: neues Recht wirkt nicht zurück. Dieser Satz war schon dem älteren Recht bekannt, wird von den Kodifikationen ausdrücklich bestätigt (ABGB. 5) und gilt auch heute. Freilich kann sich das Gesetz selbst rückwirkende Kraft beilegen. Aber diese kann regelmäßig nicht weiter gelten, als die ausdrückliche Verfügung des Gesetzes reicht. Auch findet sie gewöhnlich ihre Schranke in den nach dem alten Recht aus einem bestimmten Rechtsgrund entstandenen subjektiven Privatrechten bestimmter Personen, den sogenannten erworbenen Rechten. Will freilich das Gesetz ein Rechtsinstitut völlig neu gestalten oder es abschaffen, so hat es auch die Kraft, in erworbene Rechte einzugreifen.

III. Rechtsquellen von engerem und weiterem Herrschaftsbereich nebeneinander kommen erst seit der Auflösung der Stammeseinheit vor. Ältere Versuche, über die Stammesrechte ein einheitliches Reichsrecht zu setzen, scheiterten. Im Mittelalter geht das Recht des engeren Kreises vor: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht. Auch das römische Recht war sonach grundsätzlich subsidiär. Erst der moderne Einheitsstaat hat dem von ihm ausgehenden Recht primäre Geltung zugesprochen; so zuerst der CC., so auch BGB. Partikuläre Privatrechtssätze gelten heute nur, soweit sie vom Reichsrecht ausdrücklich vorbehalten sind: Reichsrecht bricht Landrecht. Dagegen geht das reichsrechtliche Sonderrecht (HGB., WO. usw.) dem BGB. vor.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte und ihre Ausübung.

§ 7. Begriff und Arten des subjektiven Rechts.

I. Begriff des subjektiven Rechts. Das subjektive Recht ist nach deutscher Auffassung nur die Kehrseite des objektiven; beide bilden

gemeinschaftlich den Gesamtbegriff des Rechtes. Ja im älteren Recht vermischte man beide vielfach, wie z. B. die Rechtsordnung eines Verbands als seine „Freiheiten" erscheinen. In Wahrheit sind beide zu trennen, stehen sich aber nicht wie Ursache und Wirkung gegenüber. Niemals ist nach deutscher Auffassung das subjektive Recht in bloßer Willensmacht erschöpft wie nach römischer; es führt vielmehr zugleich eine Willensgebundenheit herbei: der Berechtigte ist verpflichtet, der Verpflichtete berechtigt (z. B. die Ehegatten, der Eigentümer).

II. Arten der subjektiven Rechte. Alle Rechte haben ihre Wurzel in der Anerkennung der Rechtspersönlichkeit, tragen persönlichen Charakter. Die Scheidung von Personen- und Vermögensrecht ist dem älteren deutschen Recht unbekannt; auch die Vermögensrechte gehören dem Bereich des Persönlichkeitsrechts an. So erscheinen die Gegenstände des persönlichen Bedarfs als Bestandteil der Persönlichkeit, die übrige Fahrnis und die Liegenschaften als der Gruppe gehörig, so daß der einzelne nur als deren Mitglied daran teil hat. Das Schuldrecht ist eine rein personenrechtliche Beziehung von Gläubiger und Schuldner. Erbrecht und eheliches Güterrecht sind eine Folge familienrechtlicher persönlicher Verhältnisse. Erst das Mittelalter hat die Loslösung des Vermögensrechts aus dem Persönlichkeitsrechte vollendet und hat im Gegenteil den vermögensrechtlichen Charakter mancher Gebiete scharf betont. So wird insbesondere das Sachenrecht zu einem unmittelbaren Verhältnis des Berechtigten an der beherrschten Sache. Das Forderungsrecht erscheint als Aktivum im Vermögen des Gläubigers und wird neben die körperlichen Sachen gestellt. Das Erbrecht richtet sich ausschließlich auf das hinterlassene Vermögen. Doch sind auch in diesen Rechtszweigen manche rein personenrechtlichen Institute erhalten geblieben, wie etwa im Schuldrecht, im Dienstvertrag und in der Gesellschaft.

Bei dieser Lage ist es unmöglich, die Scheidung von Personen- und Vermögensrecht zur Grundlage eines Systems der subjektiven Rechte zu machen. So begnügt man sich heute, mit der Einteilung in Personen-, Sachen-, Schuld-, Familien- und Erbrecht praktisch Zusammengehöriges zu vereinen. Diese Einteilung hat den Vorteil unmittelbarer Anschaulichkeit und nähert sich einer Gliederung der Rechte nach ihrem Objekt.

Wichtig ist für das deutsche Recht aber auch die Gliederung der Rechte nach ihrem Subjekt. Dieses ist regelmäßig unmittelbar bestimmt, sog. Personalrechte. Ausnahmsweise ist aber der Rechtserwerb an den Erwerb einer Sache geknüpft; solche Rechte nennt man Realrechte, wenn sie dem jedesmaligen Eigentümer einer unbeweglichen Sache zustehen.

§ 8. Ausübung und Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte. Die Ausübung eines Rechts steht im Belieben des Berechtigten. Doch besteht in manchen Fällen eine Pflicht zur Ausübung, so z. B. im Kindschafts- und Vormundschaftsrecht. In einigen Fällen führt sogar die Nichtausübung nach deutschem Recht zum Rechtsverlust, wie beim Bergwerkseigentum,

Jagdrecht, Erfinderrecht. Und das freie Belieben in der Art der Ausübung wird schon im älteren deutschen Recht in einzelnen Fällen durch ein Schikaneverbot eingeengt (heute allgemein, BGB. 226); auch konnten Rechte durch Mißbrauch verwirkt werden.

Kollidieren Rechte verschiedener Personen, so geht das stärkere Recht vor. Stärker ist das Recht seines Inhaltes wegen, doch kennt schon das Mittelalter privilegierte Rechte (z. B. gewisse Pfandrechte). Bei gleichstarken Rechten entscheidet die Prävention, z. T. auch das Los. Aber bereits das ältere Recht sucht nach einem Ausgleich konkurrierender Rechte; so entsteht frühzeitig der Konkurs.

II. Schutz der Rechte.

1. Die Selbsthilfe ist die ältere Form des Rechtsschutzes. Die Rechtshilfe des Staates erschöpft sich in der Feststellung des Rechts, in der Vermittlung des Abschlusses von Friedensverträgen und in der Friedloslegung des Rechtsverweigerers. Ein Eingreifen des Staates mittels Rechtszwanges ist dem älteren Recht regelmäßig unbekannt. Das Recht überläßt den Zwang dem Rechtsschutzbedürftigen selbst. Der Rechtsverweigerer ist als Friedloser seinen Zwangsmitteln schutzlos ausgesetzt, in gesteigertem Maße dann, wenn das Gericht die Friedlosigkeit ausgesprochen hat.

Die fränkische Zeit suchte die Selbsthilfe an bestimmte Formen zu binden oder durch ein staatliches Befriedigungsverfahren zu ersetzen. Das Mittelalter hat die zunächst gescheiterten Versuche wieder aufgenommen und sie innerhalb der autonomen Verbände durch Entwicklung eines geregelten Pfändungsverfahrens durchgeführt. Dagegen blieb in den interlokalen Beziehungen die Selbsthilfe die regelmäßige Form der Rechtsbefriedigung; ja für den Fall der Rechtsverweigerung erhielt die Fehde eine neue Bedeutung. Dieses allgemeine Fehderecht beseitigte der ewige Landfriede von 1495, und nach der Rezeption verbot man die Selbsthilfe überhaupt grundsätzlich und ließ nur einzelne Fälle der verteidigenden Selbsthilfe bestehen. Dagegen erkennt das neuere Recht die Selbsthilfe wieder an, nur wird eine an sich unerlaubte Handlung durch sie nicht gerechtfertigt, wohl aber kann ausnahmsweise auch Gewalt angewandt werden.

Das BGB gestattet Selbstverteidigung im Falle der Notwehr und des Notstandes, sowie Selbsthilfe durch Angriff zwecks Rechtsverwirklichung, wenn Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist. BGB. 227 ff. Vgl. ABGB. 19, 344, 1306a.

Selbsthilfe ist auch die eigenmächtige Pfändung. Sie war ursprünglich gegen jeden ungehorsamen Schuldner erlaubt; diese Pfändung ist im Mittelalter immer stärker eingeschränkt und im neueren Recht beseitigt worden. Daneben bestand eine Pfändung auf handhafter Tat gegen widerrechtlich fremden Grund und Boden betretende Menschen (Personalpfändung) oder Tiere (Schüttung), ABGB. 1321. Diese hat das BGB. übernommen und den Landesrechten vorbehalten (EG. 89). Die Pfändung muß auf frischer Tat und innerhalb der Feldflur stattfinden. Der Pfänder darf das erforderliche Maß nicht überschreiten, der Gepfändete keine Pfandwehr üben. Die Pfändung ist dem Eigentümer bzw. der Obrigkeit

anzuzeigen, das Pfand ist aufzubewahren. Das Pfand dient der Beweisführung und der Befriedigung des Grundeigentümers wegen seiner Schadenersatzforderung.

2. Die Klage. Das Recht zur Klage fließt nach deutscher Anschauung aus der Verletzung des materiellen Rechts. Die Klage ist also eine Anklage wegen Rechtsverletzung; vom Gericht wird eine Abhilfe durch Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, durch Zwang zur Leistung, eventuell durch Friedloslegung, seit fränkischer Zeit auch Durchsetzung durch Zwangsvollstreckung erwartet. Dabei trug jeder Prozeß in älterer Zeit einen strafprozessualen Charakter. Erst im Mittelalter war der Prozeß in Form und Folgen soweit differenziert, daß man die peinlichen von den bürgerlichen und gemischten Klagen schied, die bürgerlichen wieder in Klagen um liegendes Gut, um fahrende Habe und um Schuld. Entscheidend war also nur das Klagebegehren, während an sich jedes Recht der Geltendmachung durch die Klage fähig war.

Die Rezeption brachte das römische Aktionensystem nach Deutschland. Danach ist die actio ein vom materiellen Recht verschiedenes Recht, das besonderer Begründung bedarf und unter Umständen für dasselbe Recht in verschiedener Form gegeben ist. Doch wurde dem Aktionensystem in Deutschland durch Zulassung beliebiger actiones utiles der Boden entzogen. Das neuere Recht beruht wieder auf dem deutschen Gedanken, daß jedem Privatrecht ein Klagerecht entspricht.

Schrifttum: Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen, 1869. — Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 2 Bde., 1879. — Planitz: Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd. I: Die Pfändung, 1912.

III. Abschnitt.

Die rechtserheblichen Tatsachen.

§ 9. Die rechtserheblichen Tatsachen im allgemeinen.

Die rechtserheblichen Tatsachen sind solche Tatbestände, an deren Eintritt die Rechtsordnung eine Veränderung in der Rechtswelt knüpft. Sie können Ereignisse (objektive Tatsachen) sein, z. B. Geburt, Tod, Entstehung oder Untergang von Sachen oder menschliche Handlungen. Auch bei diesen legte das ältere Recht das Schwergewicht auf das äußere Geschehen; nicht auf den nichterkennbaren Willen oder die Vorstellung des Handelnden. Rechtserhebliche menschliche Handlungen waren insbesondere die unerlaubten Handlungen, deren Erfolge die Rechtsordnung mißbilligt, und die Rechtsgeschäfte, die auf Änderung der bestehenden Rechtslage gerichtet sind (§ 10). Auch bloße Rechts- und Tathandlungen, d. h. nur auf tatsächlichen Erfolg gerichtete Handlungen, wurden bereits mit Rechtswirkung ausgestattet (z. B. Mahnung, Fund). Häufig wurden endlich durch

das Zugreifen öffentlicher Organe Privatrechte geschaffen oder verändert, sei es durch besonderen Rechtssatz (Privileg) oder durch Verwaltungshandlungen (z. B. Verleihung von Regalien). Allen diesen Tatsachen legt auch das geltende Recht Rechtserheblichkeit bei.

§ 10. Die Rechtsgeschäfte.

Rechtsgeschäfte bezwecken die Erreichung eines Rechtserfolgs: der Wille des handelnden Subjekts ist auf den rechtlichen Erfolg gerichtet.

I. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts ergibt sich aus der Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens (der Willenserklärung). Entscheidend ist in älterer Zeit das äußerlich Erklärte: der hinter der Erklärung stehende Wille wird nicht erkannt und daher nicht gewürdigt. Das war in dem geringen Abstraktionsvermögen, dem Bedürfnis nach sinnlicher Anschauung begründet. Daher suchte man weiter die Willenserklärung selbst durch Anwendung von Symbolen sichtbar zu machen, sei es von symbolischen Gegenständen (Hand, Schwert, Schlüssel, Stab) oder Handlungen (Ergreifen, Wegwerfen, Kniesetzung), Beispiele beim Schuldvertrag, beim Sachenrechtsgeschäft, bei der Eheschließung, bei der letztwilligen Verfügung. Daraus ergibt sich, daß man den rechtsgeschäftlichen Willen nur soweit anerkannte, als er sich aus der äußeren Kundgebung ergab. Die Motive der Erklärung kamen nicht in Betracht, ebensowenig ein Zwiespalt, der zwischen Wille und Erklärung bestand. Das ältere deutsche Recht berücksichtigte also den Irrtum in keiner Weise (ein Mann, ein Wort). Nur gezwungen abgegebene Erklärungen waren nichtig. Weiter galt der erklärte Wille als der rechtsgeschäftliche: Scheingeschäfte waren daher rechtsgültig. Die neuere Entwicklung drängt auf stärkere Beachtung des Willens. Dabei schoß die gemeinrechtliche Wissenschaft, indem sie nach römischem Vorbild den Willen einseitig betonte, über das Ziel hinaus (Willenstheorie): zum Schein oder aus Irrtum abgegebene Erklärungen sollten nicht binden. Dagegen ließ das deutsche Recht weiter die Erklärung neben dem Willen zu ihrem Recht kommen (Erklärungstheorie). Die Erklärung verlangt für sich Publizität, öffentlichen Glauben. Der gutgläubige Erklärungsempfänger kann an die Erklärung glauben. Irrtümlich abgegebene Erklärungen sind daher grundsätzlich gültig. Werden sie angefochten, so ist doch Schadenersatz zu leisten.

II. Die Arten der Rechtsgeschäfte. Schon das ältere Recht scheidet einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte. Einseitige Rechtsgeschäfte erfordern die Willenserklärung einer Partei, sie sind im Schuldrecht nur ausnahmsweise zugelassen und spielen auch sonst eine beschränkte Rolle. Die mehrseitigen Rechtsgeschäfte überwiegen weitaus. Sie erfordern die Willenserklärung mehrerer Parteien, und zwar regelmäßig zweiseitige, sind also Verträge (ahd. gidingi, einunga). Sie kommen in allen Zweigen des Privat-

rechts vor, doch faßt das ältere Recht alle Bargeschäfte als Kauf, alle Verträge auf künftige Leistung als Gelöbnisse usw. zusammen. Entscheidend ist immer die Willenseinigung der Parteien, die auf das Angebot des Verpflichteten durch Annahme des Berechtigten zustandekommt. Dingliche und obligatorische Geschäfte treten streng getrennt auf. Häufig bedarf es aber der Zustimmung (vullbort) dritter Personen, z. B. der Erben bei Grundstücksveräußerungen, andernfalls der Vertrag nichtig ist. Auch heute sind die mehrseitigen Rechtsgeschäfte die Regel, die einseitigen die Ausnahme. Der Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande. Aber aus der Publizität der Erklärung folgt, daß der in Empfang genommene Antrag bereits bindend ist (BGB. 145, ABGB. 826). Vgl. auch § 61. Andererseits bedarf es keiner ausdrücklichen Annahmeerklärung, wenn sie nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (BGB. 151, ABGB. 864, vgl. HGB. 362).

III. Die Mängel der Rechtsgeschäfte sind nach älterem Recht nur Fehler im äußeren Tatbestand des Rechtsgeschäftes, nicht Willensmängel. Dahin gehören besondere Formmängel und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften. Solche Geschäfte waren von Anfang an nichtig, so z. B. die formlose Liegenschaftsübereignung, die Vergabung im Siechbett. Es gab aber auch schon im älteren Recht Fälle nur relativer Unwirksamkeit. Verstieß ein Rechtsgeschäft gegen rechtlich geschützte Interessen dritter Personen, so konnten diese die Unwirksamkeit geltend machen. So konnten z. B. die Beispruchsberechtigten die Liegenschaftsübereignung anfechten.

Schrifttum: Haupt: Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, 1941.

§ 11. Formen der Rechtsgeschäfte.

I. Entwicklung der Geschäftsformen. Das ältere deutsche Recht hat, seinem Bedürfnis nach sinnlicher Anschauung folgend, einen reichen Geschäftsformalismus ausgebildet. Regelmäßig war die Form für die Rechtswirksamkeit des Geschäftes erforderlich (konstitutive Form); daneben stehen Formen, deren Einhaltung den Beweis erleichtern oder die Rechtswirksamkeit des Geschäfts Dritten gegenüber verbürgen soll. Im späteren Mittelalter beginnen die letzteren Zwecke zu überwiegen. Besonders in den Städten verblassen die älteren Formen oder werden durch andere, vor allem die Urkundsform, ersetzt. Dem kam die Rezeption des römisch-italienischen Konsensualvertrages entgegen. Im Obligationsrecht drang nun die Formlosigkeit der Verträge durch, während für das Sachen-, Familien- und Erbrecht die Partikularrechte meist an den alten Formen festhielten. Neue Formen brachte der absolute Staat aus dem Gedanken der Bevormundung ,und zwar für die Geschäfte von Bauern und allgemein für Geschäfte höheren Werts. Andererseits entwickelten sich strengere Formen zur Sicherung des Handelsverkehrs, besonders durch Ausbau des Wechselrechts. Im geltenden

Recht herrscht grundsätzlich Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, ABGB. 883. Aber Grundstücksverfügungen, Eheschluß, Testamente usw. sind nach wie vor formbedürftig, ebenso einzelne Schuldgeschäfte, die aber z. T. wieder ohne Form gültig sind, wenn sie von Vollkaufleuten abgeschlossen werden (HGB. 350). Häufig wenden die Parteien freiwillig Formen an; vereinbaren sie eine Form für den Einzelfall, so ist dies im Zweifel wesentlich.

II. Arten der Geschäftsformen.

1. Das ältere deutsche Recht wendet feierliche Worte und typische Handlungen an: das Geschäft muß hörbar und vor allem sichtbar sein. (Man glaubt den Augen weiter als den Ohren. Sehen geht über Hören.) Feierliche Worte begegnen bei der Investitur, beim Schuldvertrag, bei Verlobungen, Trauungen usw.; typische Handlungen sind die Handgebärden (Handschlag), Körperhaltungen, Stabbrechen usw.; sie sind häufig zugleich Symbol. Im neueren Recht sind beide Formen bis auf geringe Reste (Trauungsformel, Handschlag) verschwunden.

2. Bei manchen Geschäften müssen im älteren Recht Geschäftszeugen (testes per aures tracti) zugezogen werden, meist in fest bestimmter Zahl. Im Gegensatz zu bloßen Beweiszeugen sind sie Solennitätszeugen; ihre Anwesenheit verbürgt, daß das hör- und sichtbar abgeschlossene Geschäft gehört und gesehen wird. Das neuere Recht hat den Geschäftszeugen besonders für familien- und erbrechtliche Geschäfte erhalten, so auch das BGB. (1318, 2233, 2249, 2276).

3. Das ältere Recht fordert für manche Geschäfte die Öffentlichkeit, d. h. die Vornahme in der Volks- oder Gerichtsversammlung, so z. B. für die Freilassung, Grundstücksübereignung, Affatomie. Der Zweck war Kenntnisnahme der Gemeinde, Wahrung von Einspruchsrechten, später obrigkeitliche Kontrolle, Bevormundung des Rechtsverkehrs. Seit dem Spätmittelalter wird die gerichtliche Vornahme von Geschäften verschiedenster Art verlangt; das Gericht (der Stadtrat) belehrt die Parteien, prüft die Geschäftsvoraussetzungen, bestätigt den Abschluß (besonders für Geschäfte bei Bauern). Das BGB. fordert für einzelne Geschäfte gerichtliche Vornahme (BGB. 925), begnügt sich aber meist mit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (BGB. 311, 313, 518, 873, 1434 usw.).

4. Die Schriftlichkeit des Geschäftsabschlusses ist nach antikem Vorbild ausgebildet worden und im Mittelalter zu großer Bedeutung gelangt. Seit der fränkischen Zeit begegnet die dispositive Geschäftsurkunde (carta), neben ihr die reine Beweisurkunde (notitia). Im Mittelalter dient die Urkunde fast ausschließlich als Schuldurkunde (cautio); als solche hat sie ihre Durchbildung zum modernen Wertpapier erfahren, s. § 78. Erst in neuerer Zeit sind ihr personenrechtliche (Kuxschein, Aktie) und sachenrechtliche Wertpapiere (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein) nachgebildet worden. Das geltende Recht hat nur die Schuldverschreibungen auf

den Inhaber allgemein geregelt, BGB. 793 ff., im übrigen gelten Spezialgesetze (WO., Scheckgesetz, HGB.). In völlig selbständiger Weise hat das deutsche Mittelalter die Schriftlichkeit mit dem Gedanken der Öffentlichkeit verquickt und so die Eintragung in öffentliche Bücher geschaffen. Von ihnen ist das Grundbuch das wichtigste, darüber unten, § 47. Während das Grundbuch aus den Stadtbüchern entstand, gehen andere öffentliche Bücher des geltenden Rechts auf körperschaftliche Mitgliederverzeichnisse zurück, so besonders das Handelsregister, das Genossenschaftsregister und die Zeichenregister. Eintragungen in ordentlich geführte Handelsbücher der Kaufleute wurden im Spätmittelalter im Falle der Beeidigung (Bucheid) zum Beweise zugelassen. Die notarielle Beurkundung endlich wurde im Spätmittelalter aufgenommen durch Rezeption des italienischen Notariats. Sie wurde von Reichs wegen durch die Notariatsverordnung von 1512 geregelt, dann aber landesrechtlich fortgebildet. Das Notariat unterliegt noch heute dem Landesrecht (EG. 141 ff., FGG. 189 ff.).

Schrifttum: v. Voltelini: Die Südtiroler Notariatsimbreviaturen des 13. Jahrh., 1899. — Rintelen: Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters, 1914. — Köchling: Anfänge des öffentlichen Notariats in Deutschland, 1925. — Heuberger: Das Deutschtiroler Notariat, 1927.

§ 12. Treuhandschaft und Stellvertretung.

Stellvertretung im Sinne der Ausübung fremden Rechts in fremdem Namen war dem älteren Recht unbekannt. Es kennt nur den Boten, der, durch den Stab des Auftraggebers legitimiert, dessen Willenserklärung übermittelt. Doch hat es schon früh die Treuhandschaft entwickelt.

I. Die Treuhandschaft. Der Treuhänder (salman, manufidelis) übt eigenes Recht in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse aus; er hat die Pflicht zu getreuer Ausübung. So wird dem Salmann durch Vergabung von Todes wegen Gewere und kausales Eigentum an den Nachlaßgegenständen übertragen: er soll mit ihnen nach dem letzten Willen des Erblassers verfahren. Oder es werden Grundstücke von einem Salmann erworben oder an diesen zur Weiterveräußerung übertragen, weil der Interessent selbst erwerbs- oder verfügungsunfähig ist. Immer erhält der Salmann ein solches kausales Eigentum oder ein sonstiges dingliches oder obligatorisches Recht: aber es ist zweckgebunden, die anvertraute Rechtsmacht sieht die Schranken ihrer Ausübung in sich selbst, nicht in der bloßen Treupflicht des Salmanns (wie die römische fiducia). Bei der Eigentumsübertragung fiel der Akt des Rechtsverzichts weg. Nach der Rezeption wurde die Treuhand von der Wissenschaft nicht beachtet. Sie blieb aber im Rechtsbewußtsein des Volkes erhalten und kam in neuerer Zeit wieder zu vielseitiger Anwendung.

Heute ist der Treuhänder als Vermögensverwalter mittelbarer Stellvertreter und regelmäßig nicht Eigentümer, sondern nur zur

Verfügung über fremdes Vermögen ermächtigt. Wird ihm der Gegenstand zu treuen Händen übereignet, so ist er nur schuldrechtlich gebunden, ihn dem bestimmten Zwecke zuzuführen; doch gewährt die Rechtssprechung dem Treugeber ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Treuhänders. Der Hauptfall ist freilich die fiduziarische Übereignung zwecks Sicherung des Kreditgebers. In Österreich überließ ein Gesetz von 1923 den Bundesbahnen den fundus instructus zur Treuhand.

In England hat der Treuhändergedanke eine vielhundertjährige ununterbrochene Entwicklung bis zur Gegenwart durchgemacht. Er fand reiche Anwendung vor allem bei letztwilligen Verfügungen über Grundstücke. Der Treuhänder erhielt Eigentum nach common law, der Vergabende und sein Rechtsnachfolger die Nutznießung, die später in ein eigenes Besitzrecht nach equity verwandelt wurde. Heute hat der trustee volles Verfügungsrecht; wenn er aber den Zweckbestimmungen der Treuhand zuwider handelt, kann die Sache von dem dritten Erwerber herausverlangt werden, so weit dieser nicht gutgläubig entgeltlich erwarb. Neben der Vermögensverwaltung hat sich die Idee des trusts im Handelsgesellschaftsrecht ausgewirkt.

Schrifttum: A. Schultze: Die langobard. Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 1895 (Gierkes Unters. 49). — K. Beyerle: Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz. Bd. I: Das Salmannenrecht, 1900. — Maitland: Grünhuts Z. 32, 1904, S. 1. — O. Loening: Grunderwerb und Treuhand in Lübeck, 1907 (Gierkes Unters. 93). — Heymann: Festgabe für Güterbock, 1910, S. 561; Brunnerfestschrift, 1910, S. 473. — Holdsworth: Tijdschr. RG. 4, 1923, S. 367. — Roth: Der trust (Heymanns Arb. 48), 1928. — F. Beyerle: Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 1932.

II. Die Stellvertretung. Eine Stellvertretung ist im deutschen Recht erst im Mittelalter erwachsen, und zwar zuerst in der Form der verdeckten (mittelbaren) Stellvertretung. Man übertrug einem Kommissionär den Kauf oder Verkauf von Waren an entfernten Plätzen; die Waren blieben zunächst Eigentum des Auftraggebers, der Kommissionär kaufte oder verkaufte auch auf dessen Rechnung, trat aber im eigenen Namen auf. Der Kommissionär war also Stellvertreter, denn seine Rechtsgeschäfte wirkten unmittelbar für und gegen den Vertretenen; doch war er im Verkehr nicht als Vertreter erkennbar, da er nicht in fremdem Namen handelte. Eine offene (unmittelbare) Stellvertretung hat erst das späte Mittelalter hervorgebracht. Ein Vorbild boten die Formen vormundschaftlicher Gewalt, nachdem diese den Gedanken egoistischer Herrschaft gegen den der Vertretung fremder Interessen eingetauscht hatte. Weiter konnten auch Angestellte als direkte Stellvertreter bevollmächtigt werden, besonders im Handelsverkehr. Neben die gesetzliche stellte sich damit die gewillkürte Stellvertretung. Verdeckte und offene Stellvertretung haben sich nach der Rezeption erhalten, obwohl beide dem römischen Recht unbekannt waren. Sie haben im neueren Recht eine außerordentliche Bedeutung erlangt, besonders auch dadurch, daß neben der Stellvertretung für den einzelnen Fall eine solche mit typischem oder

gar unbeschränktem Inhalt (Handlungsvollmacht, Prokura) entwickelt wurde.

Schrifttum: Fränkel: Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern, Z. vgl. RW. 27, 1912, S. 289. — Schmidt-Rimpler: Geschichte des Kommissionsgeschäftes in Deutschland, I, 1915. — Würdinger: Geschichte der Stellvertretung (agency) in England, 1933.

In England wurde erst in der normannischen Zeit eine Stellvertretung zulässig. Als fremden Import brachten die Normannen den attornatus als Prozeßvertreter nach England mit. Die eigene Entwicklung des Stellvertreters beim Geschäftsschluß (agency) ist wohl aus dem Verfall der Munt abzuleiten, die den Muntwalter zum Stellvertreter umschaffte (master and servant). Eine Stellvertretung wurde schon im 12. Jahrhundert zulässig bei der Liegenschaftsübereignung zunächst für den Erwerb der seisine, dann auch für die Einigung durch die Übertragung einer gesiegelten carta. Die Siegelurkunde ermöglichte dann auch für den Konsensualvertrag eine direkte Stellvertretung. Mittelbare Stellvertretung trat zunächst im Bereiche der Realverträge auf. Bei Erkennbarkeit der Vertretereigenschaft des Mittelsmannes konnte der mittelbar Vertretene direkt in Anspruch genommen werden.

§ 13. Der Zeitablauf.

Der Zeitablauf kann die Privatrechtsverhältnisse beeinflussen.

I. Die Berechnung der rechtlich erheblichen Zeiträume (Fristen) erfolgte im älteren Recht nach Nächten, Mondphasen und Jahreszeiten. Später rechnete man nach Tagen, Wochen, Monaten und Jahren. Die besonders wichtige Frist von Jahr und Tag, d. h. ein Jahr und ein Tag, wurde später als Zeitraum von einem Jahr, sechs Wochen und drei Tagen, d. h. als ein Gerichtsjahr, verstanden. Sonstige häufige Fristen, der Gerichtsverfassung entnommen, waren 14 und 40 Tage. Die Fristen von Wochen, Monaten und Jahren wurden im Gegensatz zum römischen Recht nach dem Kalender, nicht nach einzelnen Tagen berechnet. Dabei wurde der Tag des Ereignisses, von dem aus die Frist laufen sollte, nicht mitgezählt. Dem hat sich das geltende Recht angeschlossen (BGB. 187, 188; ABGB. 902 von 1916).

II. Die Bedeutung des Zeitablaufes zeigt sich im älteren Recht in den Rechtsinstituten der Verschweigung und der Unvordenklichkeit.

1. Die Verschweigung. Das Recht, einen Zustand als unrechtmäßig anzufechten, geht verloren, wenn es nicht in rechter Zeit und Form ausgeübt wird. Der Berechtigte hätte seinen Widerspruch vorbringen müssen; hat er geschwiegen, so hat er sich verschwiegen. Verschweigung tritt ein bei der gerichtlichen Auflassung (§ 45, II, 5; 49, 1b), beim Fund (§ 54, I, 2), beim Erbgang (§ 101). Hier ist überall ein gerichtliches Aufgebot Voraussetzung; in manchen Fällen beginnt der Fristenlauf ohne Aufgebot (Stadtluft macht frei, § 15 II, 1; 21). Die Verschweigungsfrist ist meist Jahr und Tag. Doch muß, wer bei dem anfechtbaren Vorgang anwesend ist, sofort widersprechen. Für Unmündige beginnt der Fristenlauf erst mit erreichter Mündigkeit, für Abwesende mit Rückkehr, für sonstige

durch „echte Not" (Königsdienst, Gottesdienst außer Landes, Krankheit, Gefängnis) verhinderte Personen mit dem Wegfall des Hindernisses. Die Wirkung ist zunächst nur Ausschluß künftiger Anfechtungen, nicht Rechtserwerb, doch hat sie praktisch diesen Erfolg, wenn sich alle Anfechtungsberechtigten verschwiegen haben.

Nach der Rezeption hat sich die Verschweigung partikularrechtlich erhalten. Weiter entwickelte sich aus ihr seit dem 16. Jahrhundert das gerichtliche Aufgebotsverfahren, das im modernen Recht in zahlreichen Fällen angewandt wird (Todeserklärung § 14, III, Tabularersitzung, Tabularverschweigung § 48, III, Fund § 54, I, 2, Amortisation von Urkunden usw.).

2. Die Unvordenklichkeit. Ein seit Menschengedenken unwidersprochen bestehender Zustand wurde im Mittelalter als Rechtszustand behandelt. Es wurde vermutet, daß der Zustand einstmals rechtmäßig entstand und sonach rechtmäßig fortdauere. Unvordenklichkeit konnte daher nur für Rechte in Anspruch genommen werden, die eine dauernde Ausübung ermöglichten (Eigentum, Grunddienstbarkeit, Reallasten, Bannrechte, Adel usw.). Der Unvordenklichkeitsbeweis, durch Zeugen oder Urkunden geführt, war der Nachweis, daß das Gedenken zweier Menschenalter die ständige Dauer des Zustandes und nichts über seine Neuentstehung überlieferte. Das römische und besonders das kanonische Recht haben ähnliche Ideen gekannt, und so hat die gemeinrechtliche Wissenschaft das Institut der Unvordenklichkeit ausgebaut. Dagegen haben die Kodifikationen die Unvordenklichkeit beseitigt, so auch das BGB.

3. Unbekannt war dem deutschen Recht die **Verjährung**, die an den Zeitablauf den Erwerb oder Verlust eines Rechtes knüpft. Nach der Rezeption ist sie vielfach mit der Verschweigung und der Unvordenklichkeit vermengt worden. Über die Ersitzung vgl. § 48 III; 54, I, 4.

Schrifttum: A. B. Schmidt: Echte Not, 1888. — Immerwahr: Die Verschweigung im deutschen Recht, 1895 (Gierkes Unters. 48). — Fockema-Andreae: ZRG.G. 14, 1893. S. 75. — Puntschart: ZRG.G. 32, 1911, S. 328. — Brunner: Festgabe für Gierke, 1910, S. 44. — Cabral de Moncada: A posse de „Año e Dia", 1928.

Zweites Buch.

Personenrecht.

Erster Teil.

Die natürlichen Personen.

Person im Rechtssinn ist nur der Rechtsfähige, d. h. Subjekt von Rechten und Pflichten, ist im älteren Recht nur der freie Volksgenosse; ihm kommt die Rechtsfähigkeit ohne weiteres zu. Alle anderen Menschen haben am Volksrecht keinen Anteil. Rechtlos ist also der Unfreie: er ist Sache im Rechtssinn; rechtlos ist der Fremde, rechtlos wird, wer aufhört, Volksgenosse zu sein (der Friedlose). Das Mittelalter hat weiter eine verminderte Rechtsfähigkeit gewisser Personengruppen entwickelt.

Die christliche Lehre von der Gleichheit der Menschen widerstrebte der Gesellschaftsordnung des Mittelalters. Erst das Naturrecht und besonders der deutsche Idealismus des 18. Jahrhunderts rechtfertigte die Idee der menschlichen Gleichheit. So hat das 19. Jahrhundert die Rechtlosigkeit jeden Grades beseitigt: rechtsfähig ist heute jeder Mensch (ABGB. § 16, 18; BGB. § 1). Übriggeblieben sind nur Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit, rechtswirksame Rechtshandlungen vorzunehmen.

§ 14. Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit.

I. Beginn. Zum Erwerb der Rechtsfähigkeit bedurfte es, solange die Aussetzung eines Kindes zulässig war, der Aufnahme in die Familie. Der infans in utero matris war nicht rechtsfähig, wenn ihn auch schon die Volksrechte strafrechtlich schützten. In die Familie aufgenommen werden konnte ein Kind nur, wenn es lebendig geboren und lebensfähig, d. h. voll ausgetragen war. Als lebendig geboren galt es, wenn es die Augen aufschlug oder die vier Wände beschrie. Unzulässig erschien die Aussetzung, wenn dem Kind Nahrung gereicht worden war, oder wenn der Vater das vor ihm auf den Boden gelegte Kind aufhob und in seine Arme nahm. In die Sippe aufgenommen wurde das Kind erst binnen neun Nächten nach der Geburt durch Namengebung und Wasserweihe. Damit erlangte das Kind das volle Wergeld des Freien und wurde erbfähig. In ihm verkörperte sich der verstorbene namengebende Sippengenosse wieder.

Mit dem Recht der Aussetzung verschwand in christlicher Zeit auch das Erfordernis der Aufnahme. Jedes lebendig geborene und lebensfähige Kind war im Mittelalter ohne weiteres rechtsfähig.

Weiter sicherte man schon der Leibesfrucht der schwangeren Witwe den zukünftigen Erbanspruch, indem man die Erbteilung bis zur Geburt verschob, ohne aber den nasciturus als rechtsfähig anzuerkennen. So auch das BGB., während das ABGB. und das ZGB. (wie auch das englische Recht) bedingte Rechtsfähigkeit annehmen. Diese Gesetze haben das Erfordernis der Lebensfähigkeit, das noch im gemeinen Recht und im Code Civil festgehalten wurde, beseitigt.

Zur Beurkundung der Geburt ließen seit dem 15. Jahrhundert einzelne Bischöfe Taufregister führen. Allgemein wurden Kirchenbücher als Tauf- und Heiratsregister vom Tridentinum für die katholische, von den Kirchenordnungen für die evangelische Kirche eingerichtet. Besondere Bücher legten später die Synagogen für die Juden, die Ortsbehörden für die Dissidenten an. In Österreich genossen die von den Religionsdienern der Kirchen geführten Register bis 1939 öffentlichen Glauben. Dieser Zersplitterung half die Einführung staatlicher Personenstandsregister ab, die von italienischen Städten schon im 14. Jahrhundert, besonders aber von der französischen Revolution geschaffen (Code Civil, Art. 34 ff.), in England 1863 angenommen und in Deutschland 1875 gemeines Recht wurden (Personenstandsgesetz vom 6. 2. 1875).

Schrifttum: Maurer: Wasserweihe des german. Altertums, 1880. — Brunner: ZRG.G. 16 (1895), S. 63. — Coulin: Das. 31 (1910), S. 131. — Grosch: Z. vgl. RG. 23 (1910), S. 420. — Van Kuyk: Tijdschr. RG. 1 (1918), S. 728. — Eckhardt: Irdische Unsterblichkeit, 1937.

II. Ende. Im germanischen Recht beendigte der Tod die Rechtsfähigkeit nicht völlig: der Tote erschien weiter als Subjekt gewisser Rechte und Pflichten. Erst im späteren Mittelalter schwanden die letzten Reste dieser Anschauung. Seitdem geht mit dem Tode die Rechtsfähigkeit endgültig verloren.

Dagegen bedeutete in älterer Zeit der Eintritt der Friedlosigkeit die vollkommene Vernichtung der Rechtsfähigkeit. Diese äußerste Wirkung haben während des Mittelalters freilich nur wenige Fortbildungen der Friedlosigkeit beibehalten. In das deutsche Recht des 19. Jahrhunderts ist eine solche Beendigung der Rechtsfähigkeit nur durch die partikuläre Aufnahme des in Frankreich entwickelten bürgerlichen Todes eingedrungen, der in der Mitte des Jahrhunderts wieder beseitigt wurde. In England erhielt sich der civil death bis heute im Falle einer Ächtung.

Endlich war mit dem Eintritt in einen Mönchs- oder Nonnenorden nach deutschem Recht der Verlust des Land- und Lehnrechtes, insbesondere der Vermögensfähigkeit, verbunden (Klostertod). Im Gegensatz hierzu ließ das kanonische Recht die Vermögensrechte auf das Kloster übergehen. Das ALR. II, 11, §§ 1199, 1200 schloß sich dem deutschen Recht an. Dagegen hat das BGB. nur noch landesrechtliche Erwerbsbeschränkungen von Ordensangehörigen aufrechterhalten (Art. 87 EG).

Waren mehrere Personen in derselben Gefahr umgekommen, so nahm das deutsche Recht, wenn die Todeszeiten nicht ermittelt werden konnten, gleichzeitigen Tod an (Kommorienz). Dagegen vermutete das römische Recht, daß die Eltern vor den mündigen, aber nach den unmündigen Kindern umgekommen seien. Das ALR., das ABGB. und das BGB. folgen dem deutschen Recht, ebenso das ZGB. (32, Abs. 2).

III. Verschollenheit und Todeserklärung.

1. Verschollen ist eine Person, deren Existenz unsicher geworden, deren Tod aber nicht nachgewiesen ist. Eine solche Verschollenheit trat im Mittelalter besonders seit den Kreuzzügen und später bei aufblühendem Handelsverkehr häufig ein infolge der

mangelhaften Nachrichtenübermittlung. Man händigte dann das Vermögen des Verschollenen den Erben gegen Sicherheitsleistung aus, freilich nur vorläufig: die Aushändigung wurde rückgängig, wenn der Verschollene zurückkehrte. Endgültig ging das Vermögen über, wenn der Tod des Verschollenen als sicher erschien. Dafür gab es zunächst keine festen Fristen, der Erbe konnte durch seinen Eid den Eintritt des Erbfalles beweisen. Aber der Richter gestattete solchen Beweis nur, wenn der Verschollene sehr lange abwesend oder so alt war, daß sein Tod ohnehin wahrscheinlich war.

In der Rezeptionszeit nahm man aus dem italienischen Recht strengere Regeln auf, einmal eine feste Altersgrenze und sodann zwei Vermutungen: der Verschollene hat bis zur Vollendung des 100. Lebensjahres gelebt, er ist in diesem Moment gestorben. Nur daß die Praxis der sächsischen Schöffenstühle, besonders der Leipziger (C a r p z o v), die Altersgrenze auf 70 Jahre herabsetzte (sächsisches System), während im französischen Gewohnheitsrecht und dann in Schlesien an Stelle des hohen Alters die nachrichtenlose Abwesenheit von 30 (später 20, ja 10) Jahren entscheidend wurde (schlesisches System). Spätere Rechtsordnungen verbanden beide Systeme, so daß auf Grundlage des sächsischen Systems hohes Lebensalter bei langer Abwesenheit entbehrlich sein, auf Grundlage des schlesischen Systems bei besonders hohem Alter kurze Abwesenheit genügen konnte, so z. B. das preußische Landrecht, so auch das BGB., das außerdem besonders abgekürzte Fristen für Kriegs-, See- und Unfallverschollenheit kennt. Maßgebend jetzt das R. Ges. vom 15. 7. 1939.

2. In älterer Zeit fand keine formelle T o d e s e r k l ä r u n g statt, die Todesvermutung trat unmittelbar mit dem Fristablauf ein. Das änderte sich in Partikularrechten erst seit der Mitte des 18. Jahrhunderts infolge Verbesserung der Nachrichtenübermittlung. Man verlangte mehrfache Ladung des Verschollenen durch Zeitungsankündigung (Ediktalzitation), so in Preußen 1763, und schloß das Aufgebotsverfahren durch gerichtliches Urteil ab, das die Todeserklärung aussprach. Manche Gesetze, wie das ALR. und ABGB., sprachen dem Urteil konstitutive Wirkung zu (das Datum des Urteils galt als Todestag), das gemeine Recht dagegen nur deklaratorische (Todestag dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Todeserklärung erfüllt sind). So auch das österreichische Gesetz von 1883 und das BGB. 13 ff.

Das f r a n z ö s i s c h e wie auch das e n g l i s c h e Recht haben an der älteren Verschollenenerklärung festgehalten. Der CC. kennt nur eine Abwesenheitserklärung (jugement de déclaration d'absence) mit vorläufiger Besitzeinweisung des Erben, der nach 30 Jahren bzw. nach 100 Jahren nach der Geburt die definitive Einweisung folgt (Art. 112 ff.) Das englische Recht kennt keine Todeserklärung, sondern nur eine Todesvermutung nach siebenjähriger Verschollenheit. Die Schweiz folgt dem französischen System: sie hat eine Verschollenenerklärung, aber mit Aufgebotsverfahren; Todesvermutung fehlt, aber dem Erben ist der Todesbeweis erlassen (Art. 35—38).

3. Von besonderer Bedeutung wird die Todeserklärung im Eherecht. Besteht die neue Ehe des zurückgebliebenen Gatten zu Recht, wenn der Verschollene unvermutet zurückkehrt? Das ALR. bejahte diese Frage, es behandelte die alte Ehe als aufgelöst. Dagegen war nach kanonischem sowie österreichischem (bis 1938) Recht die neue Ehe nichtig. Andere Rechte haben vermittelt, indem sie die neue Ehe als anfechtbar behandelten, durch den Zurückkehrenden nach französischem Recht, durch den doppelt Verheirateten nach sächsischem BGB. Das deutsche BGB. erklärt die neue Ehe für gültig in Konsequenz seiner Todesvermutung. Doch kann der frühere Ehegatte des Zurückgekehrten die Aufhebung der neuen Ehe verlangen, Ehegesetz § 44. Das schweizerische ZGB. (102) verlangt eine besondere gerichtliche Auflösung der alten Ehe und behandelt dann die neue Ehe als gültig.

Schrifttum: Bruns: Die Verschollenheit, JB. gem. d. R. 1 (1857), S. 90. — H. Meyer: Vom Rechtsschein des Todes, 1912. — Trautmann: N. Arch. Sächs. G. 35 (1914), S. 153. — Schlenz: Arch. Kath. KR. 98 (1918), S. 52.

§ 15. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit.

I. Die Rechtsunfähigkeit. Gewissen Personen wird im älteren Recht die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, völlig abgesprochen, da sie nicht Volksgenossen sind. Das Mittelalter hat ihnen eine beschränkte Rechtsfähigkeit verliehen, und die neueste Zeit hat auch diese Schranken beseitigt. Zu ihnen gehören die Fremden, die Ketzer und die Juden.

1. Der Fremde. Der Fremde ist rechtlos, denn das Recht des Volkes, in dem er als Fremder weilt, gilt für ihn nicht, und sein eigenes Stammesrecht wird hier nicht anerkannt. Der Fremde ist daher der Elende, der Rechtlose. Ein Anteil am Recht kann ihm nur durch das Gastrecht werden. Es ist altheiliger Brauch, dem Fremden die Aufnahme in sein Haus auf Zeit nicht zu verweigern. Volksrechte und Kapitularien erkennen ihn als Rechtspflicht an. Damit erlangt der Fremde den Schutz des Gastfreundes: dieser vertritt ihn vor Gericht, er muß für ihn haften.

In der fränkischen Zeit haben bei mehreren Stämmen die Könige die Fremden in ihren Königsschutz aufgenommen. Der König erscheint als Schutzherr aller Fremden. Von besonderer Bedeutung wird das im fränkischen Reiche selbst. Hier werden die Stammesrechte aller im Reich vereinigten Stämme durch das Personalitätsprinzip zur Anerkennung gebracht. Der Fremdenbegriff verengert sich: fremd ist nur der Reichsfremde, alle Reichsgenossen sind im Reiche Rechtsgenossen. Die Reichsfremden nun unterstehen dem Königsschutz, sie leben nach fränkischem Recht, ihren Nachlaß zieht der König ein.

Mit dem Zerfall des frühmittelalterlichen Stammesstaates entwickelt sich ein neuer Fremdenbegriff. Zahlreiche Städte, Territorien, Grundherrschaften entfalten ein selbständiges Rechtsleben. Sie schließen sich immer stärker nach außen ab. Am frühesten tritt diese Entwicklung in den Städten ein. Fremder im Rechtssinn ist nun jeder Nichtbürger, jeder Gerichtsfremde. Er ist zwar voll rechtsfähig, aber er nimmt an allen Rechten nicht teil, die sich aus der Zugehörigkeit zur Stadt und Gerichtsgemeinde ergeben. So kann der Gast keine Grundstücke in der Stadt erwerben, so wird ihm der von einem Bürger angefallene bewegliche Nachlaß nur mit erheblichem Abzug aus der Stadt gereicht. Noch weiter gingen im späteren Mittelalter die Territorien, in denen Gedanken des germanischen Fremdlingsrechts in Anwendung auf die Landfremden

auflebten. So entstand das Wildfangsrecht, das insbesondere der Pfalzgraf bei Rhein für alle Länder des fränkischen Rechts als Regal beanspruchte: danach behandelten die Landesherren alle Fremden nach Jahr und Tag als ihre Eigenleute. Weiter konnten die Fremden Liegenschaften nur erwerben, wenn sie sich dem dinglichen Gerichtsstand unterwarfen (landsassiatus minus plenus), oder später gar nur, wenn sie die Landsässigkeit erwarben (landsassiatus plenus). Gegen die Einziehung des Nachlasses eines Fremden seitens der Staatsgewalt hatte sich schon die Kirche und Friedrich II. (authentica omnes peregrini, c. 10 Cod. 6, 59) gewandt. Dennoch wurde dieses Fremdlingsrecht (jus albinagii) von den Landesherren während des ganzen Mittelalters beibehalten. Weiter unterlag das von einem Inländer einem Fremden hinterlassene Vermögen dem landesherrlichen Abschoß (jus detractus). Endlich mußten Auswanderer von dem Vermögen, mit dem sie das Land verlassen wollten, dem Landesherrn eine Nachsteuer entrichten (gabella emigrationis).

Abschwächungen dieses Fremdenrechts konnten im Mittelalter nur durch Verträge zwischen Städten oder Landesherrschaften erreicht werden; sie kamen vor allem dem reisenden Kaufmann zugute. Wenn auch die Schädlichkeit des Fremdenrechts schon im Mittelalter vereinzelt erkannt wurde, so hat doch erst die Bundesakte von 1815 für deutsche Staatsangehörige Landsassiat und Abschoß beseitigt.

Die Reichsverfassung von 1871 Art. 3 hat den Fremdenbegriff auf die Reichsausländer beschränkt. Seitdem sind alle Deutschen im Reiche privatrechtlich Inländer (Reichsindigenat). Für Reichsausländer ist eine privatrechtliche Sonderbehandlung nur im Wege der Retorsion zulässig (EG. BGB. Art. 31). Nur im Urheber-, Marken- und Firmenrecht sowie für den Erwerb von Schiffsparten bestehen reichsrechtliche, für Liegenschaftserwerb landesrechtliche Beschränkungen (EG. 88). In Österreich gilt der Grundsatz der formellen Reziprozität, ABGB 33.

Stärkere Beschränkungen sind noch in Frankreich rechtens, da der Code Civil die Fremden von den bürgerlichen Rechten ausschloß (Art. 13 ff.); in England nur im Kriegsfall für den alien enemy.

Schrifttum: Rudorff: Zur Rechtsstellung der Gäste im mittelalterlichen städtischen Prozeß, 1907 (Gierkes Unters. 88). — A. Schultze: Histor. Z. 101 (1908), S. 473; VJSchr. f. Soz. u. WG. 9 (1911), S. 229. — O. Loening: Das Erbrecht der Fremden, Gierkefestschr., 1911, S. 285. — Planitz: ZRG.G. 39 (1918), S. 283; 40 (1919), S. 87. — Weizsäcker: Die Landfremden im böhm. Stadtrecht, 1924; ZRG.G. 45 (1925), S. 206. — Stammler: Deutsches Rechtsleben, 1928, S. 237. — K. Brunner: Der pfälzische Wildfangstreit, 1896. — Stolz: VJSchr. f. Soz. u. WG. 11 (1913), S. 219. — Kachel: Herberge und Gastwirtschaft, 1924.

2. Der Ketzer. In heidnischer Zeit ist die Volksgemeinschaft auch Kultgemeinschaft. Zugehörigkeit zu dieser ist selbstverständliche Voraussetzung der Rechtsfähigkeit. Mit der Einführung des Christentums überträgt sich dieser Satz auf die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche. Abweichung von der katholischen Glaubenslehre ist Ketzerei, weltlich strafbares Verbrechen. Kirchenbann hat die Reichsacht und damit den Verlust der Rechtsfähigkeit zur Folge.

Auch nach der Auffassung der Reformatoren sind Staat und Kirche eine Einheit: die Rechtsfähigkeit hängt von der Zugehörigkeit zur Kirche ab. Ob dies die katholische oder die evangelische sein sollte, bestimmte nun für das einzelne Territorium der Landesherr (cuius regio eius religio). Das Reich duldete freilich im Augsburger Religionsfrieden 1555 die protestantische Kirche nur wie eine Sekte. Im westfälischen Frieden 1648 aber erlangten die evangelischen Reichsstände die Gleichstellung mit den

katholischen: Das Reich ist nun paritätisch, aber das Land bleibt konfessionell; der Landesherr hat das ius reformandi, er kann Andersgläubige des Landes verweisen. Vereinzelt treten Milderungen ein, so im lutherischen Brandenburg, wo der Kurfürst 1613 zum Calvinismus übertrat.

Erst das 18. Jahrhundert löste den Bann des Mittelalters, indem es den Staat auf seine weltliche Aufgaben beschränkte. Zunächst begann man, die beiden anderen Konfessionen neben der Landeskirche zu dulden. Voran ging Josef II. in Österreich mit dem Toleranzpatent von 1781. Sodann gewährte Preußen allen drei Religionsgemeinschaften faktische Gleichstellung und erhob diese im Wöllnerschen Religionsedikt 1788 und im ALR. zur rechtlichen. Christliche Sekten wurden nun geduldet. Aber erst im 19. Jahrhundert wurde das Privatrecht von der Religion völlig unabhängig gestellt, so zuerst im Code Civil 1804 und im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch 1811. Preußen und die meisten deutschen Staaten hielten dagegen noch bis zur Revolution von 1848 am älteren Standpunkt fest. Entscheidend wurde die preußische Verfassung von 1850 und ein norddeutsches Bundesgesetz von 1869. Auch das Eheverbot zwischen Christen und Nichtchristen wurde durch das Personenstandsgesetz von 1875 abgeschafft.

Das geltende Recht kennt keinerlei Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aus dem Gesichtspunkt des religiösen Bekenntnisses mehr (R.Verf. Art. 136).

Schrifttum: Rieker: Die rechtl. Stellung der evang. Kirche Deutschlands, 1893. — Eichmann: Acht und Bann im Reichsrecht des Mittelalters, 1909. — Stutz: SB. Berl. 1922, S. 4.

3. Der Jude. Die Juden waren aus zweifachem Grunde rechtsunfähig, sie waren nicht Volks- noch Glaubensgenossen. Dennoch wurden sie nicht in vollem Maße wie andere Fremde behandelt, denn sie wohnten dauernd im Lande; auch nicht als Ketzer, denn ihr Gott war auch der der Christen. So entstand ein besonderes Judenrecht des Staates und der Kirche. Die Kirche gewährte in Fortsetzung der spätrömischen Kaisergesetzgebung den Juden und ihrer Religionsausübung Schutz, suchte aber die christliche Bevölkerung von näherer Berührung mit ihnen fernzuhalten. So verbot sie den Juden die Ehe mit Christen, die Annahme christlicher Diener, gerichtliche Klage und Zeugnisablegung gegen Christen, die Bekleidung öffentlicher Ämter; sie schrieb ihnen abgesonderte Wohnung und Kleidung vor.

Für das deutsche Recht waren dagegen die Juden volksfremd und daher grundsätzlich rechtsunfähig. Doch waren sie für den Waren- und Geldhandel tatsächlich unentbehrlich. So erteilten schon die Karolinger einzelnen Juden Schutzbriefe, und seit dem 11. Jahrhundert wurde die ganze Judenschaft einzelner Städte in königlichen Schutz genommen. Das Wormser Judenprivileg Friedrichs I. von 1157 wurde 1236 zum allgemeinen deutschen Judenschutzgesetz erhoben. Damit erhielten die Juden Schutz des Lebens und Eigentums und Freiheit ihres Handels zugesichert. Dafür mußten sie aber erhebliche Abgaben an die königliche Kammer (servi camere nostre), später an die mit Judenregal begabten Landesherrn leisten. Und tatsächlich hat sich ihre Lage seit den Kreuzzügen wesentlich verschlechtert. Glaubenseifer der breiten Masse und Konkurrenzneid des aufsteigenden deutschen Kaufmannsstandes führten zu Judenverfolgungen, Abdrängung auf Schacher und Wucher und zu einer rechtlichen Zurücksetzung, die das kanonische Judenrecht noch übertrumpfte, da König und Landesherrn sie beliebig verpfändeten oder verschenkten, ihre Forderungen annullierten, ihren Nachlaß einzogen.

Erst die französische Revolution hat diesen Rechtszustand beseitigt: ein Dekret von 1791 gewährte den Juden die vollen bürgerlichen Rechte. Das wurde auch in den rheinischen Gebieten und seit 1812 in Preußen rechtens. Die meisten deutschen Staaten folgten allmählich diesem Beispiel,

Österreich 1867, und ein Bundesgesetz von 1869 beseitigte die letzten rechtlichen Beschränkungen.

Schrifttum: Stobbe: Die Juden in Deutschland, 1866. — Scherer: Beiträge zur Geschichte des Judenrechts I, 1901. — Caro: Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der Juden, 2 Bde., 1908, 1920. — Tangl: N. Arch. 33 (1908), S. 197. — Freund: Die Emanzipation der Juden in Preußen, 2 Bde., 1912. — Rexhausen: Lage der Juden im Hochstift Hildesheim, 1914. — Rosenberg: Gesch. d. Juden in Steiermark, 1914. — Pribram: Gesch. d. Juden in Wien, 2 Bde., 1918. — Kracauer: Gesch. d. Juden in Frankfurt am Main, 2 Bde., 1925/27. — Stern: Der preuß. Staat und die Juden I, 2 Bde., 1925/27. — Fischer: Die verfassungsrechtliche Stellung der Juden in den deutschen Städten (Gierkes Unters. 140), 1931; ZRG.G. 56, 1936, S. 89.

II. Die beschränkte Rechtsfähigkeit. Das Mittelalter kennt weiter Beschränkungen der Rechtsfähigkeit aus dem Gedanken der Ebenburt und der Ehrlosigkeit. Auch diese hat die neuere Zeit im wesentlichen beseitigt.

1. Die Ebenburt entstammt der ständischen Schichtung des Volkes.

Die ältere germanische Zeit kannte nur Stände im sozialen Sinn, nämlich Gemeinfreie und Adlige, während die Unfreien überhaupt nicht Rechtspersonen waren. Doch erhoben sich allmählich über ihnen die Hörigen zu einer besonderen Klasse Halbfreier mit geminderter Rechtsfähigkeit. Auch den Unfreien wurde eine Rechtsfähigkeit noch niedrigeren Grades zugesprochen, und der Adel stieg zu einem rechtlich bevorzugten Stande empor. Die neuen drei Stände prägten sich in der fränkischen Zeit immer stärker aus, der Adel besonders infolge des Zutritts des Beamtenadels und der Grundaristokratie. War in dieser Frühzeit der Grad der Freiheit bestimmend für den Grad der Rechtsfähigkeit, so baute das hohe Mittelalter sein Ständewesen neu auf den Berufsgruppen auf. In den Städten entstand neu der in der gewerblichen Arbeit geeinigte Bürgerstand, für den die Freiheit aller zum Kennzeichen wurde (Stadtluft macht frei). Die landwirtschaftliche Arbeit einte den Bauernstand, wenn auch die Freiheitsgrade bestehen blieben. Die Ritterschaft endlich erschien durch das Waffenrecht und soziale und juristische Standesvorrechte vor allen anderen Ständen hervorgehoben, wobei freilich der den unfreien Dienstmannen entstammende niedere Adel den Rittern edelfreier Abstammung ständig nachgesetzt blieb. Die Folge der mittelalterlichen Ständegruppierung war das Recht der Ebenburt. Der besser Geborene war Übergenosse, der schlechter Geborene sein Ungenosse. Das zeigt sich besonders im Eherecht. Eine Ehe zwischen Standesungenossen war zwar gültig, aber ungleich (Mißheirat). Nur der niedriger geborene Mann bestimmte den Stand der Frau, sie folgte dem höher geborenen nicht in den höheren Stand. Die Kinder erwarben den Stand des niedriger geborenen Ehegatten, sie folgten der ärgeren Hand. Weiter konnte Vormund und Erbe nur der Standesgenosse sein.

Schrifttum: Brunner: Luft macht frei, 1910. — v. Minnigerode: Ebenburt und Echtheit, 1912 (Beyerles Beitr. 8, 1). — Rörig: Festg. für Seeliger, 1920, S. 51.

Im Mittelalter erhielt sich innerhalb des Adelsstandes die Sonderstellung der altfreien Herrengeschlechter gegenüber den Ministerialenfamilien; jene erscheinen als bevorrechtigter Grundstand. In der Neuzeit wurden zahlreiche ministerielle Geschlechter als hochadlig anerkannt, wenn sie ein reichsunmittelbares Territorium besaßen und somit die Reichsstandschaft erhielten. Hinzu kamen später noch einzelne Familien ohne reichsunmittelbares Territorium mit anerkannter Reichsstandschaft. Nach der Auflösung des Reiches beließ die Rheinbundsakte und die

deutsche Bundesakte den Mediatisierten ihre ebenbürtige Stellung. So umfaßte der Bestand des hohen Adels bis zum Umsturz die regierenden Fürstenhäuser und die 1866 depossedierten (Hannover, Kurhessen, Nassau; dieser Gruppe wurde auch das Fürstenhaus Hohenzollern und das herzogliche Haus Holstein zugerechnet) sowie die 1806 mediatisierten standesherrlichen Familien. Die Vorrechte des hohen Adels bestanden vor allem in seiner Autonomie und dem Recht der Ebenbürtigkeit. Das hochadlige Haus als Korporation schuf autonom Privatfürstenrecht (EG. zum BGB., Art. 57, 58), das auf erb- und familienrechtliche Sätze beschränkt war. Die Exekutive stand dem Familienhaupt zu. Die Ehe eines Hochadligen mit einem Nichthochadligen war eine Mißheirat (disparagium). Die nichthochadlige Frau hatte nicht die hochadligen Frauenrechte, die Kinder folgten der ärgeren Hand (Ausschluß von der Thronfolge). Doch konnten die Ehewirkungen vertraglich besonders geregelt werden (morganatische Ehe). Aber nur für Fürstenhäuser altfreier Herkunft war die Ebenburt auf den Hochadel beschränkt, während Hochadligen aus nur reichsministeriellem Geschlecht auch Angehörige des niederen Adels ebenbürtig waren.

Die Weimarer Verfassung hat bestimmt, daß die öffentlich-rechtlichen Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes aufzuheben sind. Demzufolge ist für Preußen das Adelsgesetz vom 23. 6. 1920 erlassen worden, das die Vorrechte des Adels, insbesondere auch seine Autonomie und das Ebenbürtigkeitsrecht, beseitigt hat (§ 1, II, Ziffer 1 und 10). Das österreichische Gesetz von 1919 beseitigt auch den adligen Namen.

Schrifttum: Hauptmann: Arch. öff. R. 17 (1902), S. 529. — Anschütz: ZRG.G. 27 (1906), S. 172. — Schulte: Der Adel und die deutsche Kirche des Mittelalters, 2. Aufl., 1922; MIÖG. 34 (1913), S. 43; MSB., 1919. — Abt: Mißheiraten in den deutschen Fürstenhäusern, 1911 (Beyerles Beitr. 7, 2). — Boenicke: Die Ehe zur linken Hand, 1915.

2. Die Ehrlosigkeit. Die ältere Zeit kennt keine Ehrlosigkeit; Ehre ist Kennzeichen jedes Rechtsgenossen. Im Mittelalter entsteht eine besondere Ehrlosigkeit, die beschränkte Rechtsfähigkeit zur Folge hat. Sie beruht einmal auf ehrenrührigen Handlungen und setzt hier entweder Verurteilung voraus (so der an Haut und Haaren gestrafte Dieb) oder tritt ohne diese ein wegen der gemeinen Gesinnung, die in der Tat sich bekundet (Treubruch). Andererseits haben ehrenrührige Eigenschaften, wie uneheliche Geburt, Unechtheit oder schimpfliches Gewerbe, Unehrlichkeit zur Folge (Henker, fahrende Leute). Die Unehrlichkeit einiger Gruppen von Gewerbetreibenden (Weber, Schäfer) scheint sich aus ursprünglicher Unfreiheit zu erklären.

Alle in der Ehre Geminderten waren von öffentlicher oder gerichtlicher Tätigkeit ausgeschlossen, man zahlte für sie weder Wergeld noch Buße, sie konnten nicht Vormund oder Erbe sein noch am Lehnsrecht teilhaben. Uneheliche Geburt schloß weiter von geistlichem Stand, Zunft, öffentlichen Ämtern, ehrlichem Begräbnis aus. Ehrlosigkeit machte eidesunfähig.

Nach der Rezeption wandte man die römischen Begriffe auf die deutschen Fälle der Ehrenminderung an und schied nun die infamia juris mediata, die kraft Urteils entstandene Rechtlosigkeit, von der infamia juris immediata, der Anrüchigkeit, kraft ehrloser Handlung eintretend. Anrüchigkeit entstand insbesondere durch unehrliches Gewerbe und uneheliche Geburt. Beide Fälle steigerte die Neuzeit in kleinlichster Weise. Anrüchiges Gewerbe machte auch noch Kinder und Enkelkinder zunftunfähig (dagegen wandte sich der Reichsschluß von 1731); auch Uneheliche, selbst Legitimierte waren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zunftunfähig und vom ehrlichen Begräbnis ausgeschlossen. Erst das 19. Jahrhundert beseitigte die Ehrenminderung. Nur blieb das uneheliche Kind der adligen Mutter vom Adel ausgeschlossen.

Ehrloser Lebenswandel beeinflußt noch heute für Einzelfälle die privatrechtliche Wertung des Menschen, so nach ABGB. 53, 109, 168,

178, 768, 769 und BGB. §§ 1568, 1666, 2333, 2335. Die infamia juris mediata setzt sich in der strafrechtlichen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte fort, die unter anderem untauglich macht, Vormund, Pfleger, Beistand zu sein.

Schrifttum: Budde: Über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, 1842. — Scheer: Die altdeutschen Fechter und Spielleute, 1901. — Frensdorff: Hans. Gbl., 1907, S. 1. — Gebauer: Das., 1917, S. 157.

§ 16. Beschränkungen der Handlungsfähigkeit.

Die Fähigkeit, rechtswirksame Rechtshandlungen vornehmen zu können (Handlungsfähigkeit), besaß im älteren Recht im vollen Umfang nur, wer mündig (selfmundich) war, d. h. keiner fremden Munt unterstand. Für die Unmündigen handelte grundsätzlich der Muntwalt; freilich waren die eigenen Rechtshandlungen des Unmündigen regelmäßig wirksam, er konnte sie jedoch nach erreichter Mündigkeit widerrufen. Unmündig waren kraft Gesetzes Minderjährige und Hauskinder, Kranke und Frauen; außerdem war eine freiwillige Stellung unter Vormundschaft und in späteren Rechten eine Entmündigung möglich.

I. Das Alter.

1. In germanischer Zeit beendigt das Greisenalter die Rechtsfähigkeit. Das Mittelalter kennt dagegen nur noch einen Verlust der Handlungsfähigkeit infolge freiwilliger Stellung unter Vormundschaft. Heute hat der Greis nur noch insofern eine privatrechtliche Sonderstellung, als er die Übernahme einer Vormundschaft abzulehnen berechtigt ist, ABGB. 195, BGB. 1786, ZGB. 383.

2. Schon das germanische Recht scheidet Mündigkeit und Unmündigkeit. Unmündig sind die Minderjährigen (die unter ihren Jahren sind), mündig sind die Volljährigen (die zu ihren Jahren gekommen sind). Zur Bestimmung der Mündigkeit stellen die Volksrechte feste und sehr frühe Termine auf, so die Angelsachsen 10 Jahre, andere Stämme 12 (Salfranken, Sachsen, süddeutsche Stämme) oder 15 Jahre (so Ribuarier, Ostgermanen). Im Mittelalter sind diese Termine auf 18, 20, 24 ja 25 Jahre hinausgeschoben worden. Eigentümlich ist die Stellung des Sachsenspiegels; er scheidet Kinder bis zu 12 Jahren, die notwendig, und Minderjährige von 12 bis 21 Jahren, die freiwillig bevormundet sind. Der Termin von 24 Jahren ist wohl früh entstanden und aus einer Verdoppelung der Zwölfjahresgrenze abzuleiten. Im übrigen wurde das Erreichen des Mündigkeitstermines im einzelnen Falle weniger durch Zählung der Jahre als durch Feststellung der geistigen und körperlichen Merkmale des maßgebenden Alters ermittelt.

Auch die Unmündigen sind nicht handlungsunfähig, wenngleich prozeßunfähig. Freilich hat der Vormund ihr Vermögen in seinem Besitz, so daß sie tatsächlich an Verfügungen gehindert sind. Aber an sich sind ihre Verfügungsgeschäfte ebenso gültig wie ihre Verpflichtungsverträge. Nur können sie in bestimmter Frist nach Eintritt der Mündigkeit diese Geschäfte widerrufen: damit ist die Gefahr der Handlungsfähigkeit beseitigt. Andererseits verleiht die Mündigkeit noch keine rechtliche Selbständigkeit. Auch der Großjährige

bleibt in der väterlichen Gewalt. Erst die Abschichtung, d. h. das Ausscheiden aus dem väterlichen Hause, das dem Großjährigen vielfach nicht verweigert werden kann, beendigt die väterliche Gewalt. Töchter werden daher durch Heirat mündig (Heirat macht mündig). Die Wehrhaftmachung beendigte die väterliche Gewalt nur in der germanischen Frühzeit.

Seit der Rezeption behandelte man nach römischem Vorbild die Kinder unter 7 Jahren (infantes) als handlungsunfähig, die übrigen Minderjährigen dagegen, ohne Scheidung in impuberes und puberes minores, als beschränkt handlungsfähig; sie wurden aus ihren Rechtsgeschäften nicht verpflichtet. Alle Minderjährigen blieben prozeßunfähig. Das gemeine Recht nahm den römischen Mündigkeitstermin von 25 Jahren an; partikularrechtlich behielt man frühere Termine bei, für den hohen Adel blieb es bei 18 Jahren. Das ALR. und ABGB. setzten 24 Jahre fest, der CC., das Personenstandsgesetz von 1875, das BGB. und das österreichische Recht seit 1919 21 Jahre, das ZGB. 20 Jahre (so auch die RV. Art. 22 für die Erlangung des aktiven Wahlrechts). Im übrigen hat das BGB. die Scheidung der Kinder bis zu 7 Jahren und der Minderjährigen von 7 bis 21 Jahren angenommen; jene sind voll geschäftsunfähig, diese regelmäßig beschränkt, im Einzelfall (112, 113 BGB.) unbeschränkt geschäftsfähig. Immer endet mit der Volljährigkeit und nur mit ihr die elterliche Gewalt; frühere Heirat macht nicht mündig (anders ZGB. 14 Abs. 2).

3. Mündigkeitserklärung vor den allgemeinen Mündigkeitsterminen kommt erst im späteren Mittelalter vor: Kaiser und Landesherren bewilligten die Jahrgebung nach dem Vorbild der römischen venia aetatis, die dann rezipiert wurde. Heute muß das Mündel das 18. Lebensjahr erreicht haben, auch muß die Jahrgebung den Interessen des Mündels entsprechen. BGB. § 5. Die neuere Zeit nahm weiter für einzelne Rechtsgeschäfte besondere Mündigkeitstermine auf. Das geltende Recht hielt sie z. T. fest, so für Testamentserrichtung (16 Jahre, Testamentsgesetz), Eheschließung von Frauen (16 Jahre, Ehegesetz 1; BGB. 1303; 18 Jahre, ZGB. 96).

Schrifttum: Wackernagel: Die Lebensalter, 1862. — Stobbe: Beitr. z. Gesch. d. deutsch. Rechts, 1865, S. 1. — Suchler: Geschichte der venia aetatis in Deutschland, 1908. — Eckhardt: Die Volljährigkeitsgrenze von 24 Jahren, ZRG.G. 61, 1941.

II. Die Gesundheit.

1. Die körperliche Gesundheit. In germanischer Zeit ist körperliche Tüchtigkeit, Wehrfähigkeit, Voraussetzung der Rechtsfähigkeit. Noch der Sachsenspiegel schließt die Verkrüppelten oder sonst Mißgestalteten vom Erb- und Lehnrecht aus, Blinde, Stumme, hand- und fußlose Personen nur vom Lehnserbrecht. Die Aussätzigen blieben zwar Herren ihres Vermögens, konnten aber darüber nicht letztwillig verfügen oder weiteres durch Erbschaft erwerben. Aussatz beendigte sogar die Ehe, was freilich die Kirche bekämpfte. Aber auch nur vorübergehend körperlich Erkrankte oder sonst Verfallene waren wenigstens in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, so daß ihnen die Verfügung über ihr Vermögen nicht zustand. Im Zweifelsfalle konnte daher eine Kraftprobe verlangt werden. Diese Auffassung hat sich besonders im Lehnrecht z. T. bis weit in die Neuzeit erhalten, wenngleich sie schon früh bekämpft wurde, besonders von der Kirche, der sie manche letztwillige Zuwendung

entzog. Die neueste Zeit hat sie beseitigt. Nur können körperlich Gebrechliche einen Pfleger erhalten (BGB. 1910, ABGB. 251).

2. Die geistige Gesundheit. In älterer Zeit galten Geisteskranke als von bösen Geistern besessen. Man wandte gegen sie Beschwörung und Bestrafung an. Erst in den mittelalterlichen Städten begann man für sie zu sorgen, indem sie in Spitälern interniert und unter Vormundschaft gestellt wurden. Seitdem waren sie beschränkt handlungsfähig. Die römisch-kanonistische Doktrin lehrte die Grade der geistigen Erkrankung erkennen, und so schied man seit der Rezeption den Wahnsinn, der volle, aber für lucida intervalla beseitigte Handlungsunfähigkeit bewirkte, die Geistesschwäche (Blödsinn), die regelmäßig nur die Handlungsfähigkeit einschränkte, und endlich die Beschränktheit mit nur in bestimmten Fällen beschränkter Handlungsfähigkeit, so ABGB. 21, 273. Ergänzt wurde dieses System in der neueren Gesetzgebung durch ein besonderes gerichtliches Entmündigungsverfahren, das volle Handlungsunfähigkeit zur Folge hatte, die auch durch lucida intervalla nicht unterbrochen wurde. So auch das BGB., das jedoch auch eine Entmündigung wegen Geistesschwäche kennt, die nur beschränkte Geschäftsfähigkeit nach sich zieht (§ 6, 114). So auch österreichische Entmündigungsordnung von 1916. Die Geschäfte Geisteskranker sind nach BGB. nichtig, nach englischem Recht dagegen nur, wenn dem Vertragsgegner die Geisteskrankheit bekannt war. Hier wird nur der Verkehr, im deutschen Recht nur der Geisteskranke geschützt. Einen billigen Schadensersatz gewährt in besonderen Fällen das ABGB. 1310.

Auch gegen den Verschwender kannte das ältere Recht nur Strafmittel, entweder Einsperrung oder Verbannung mit Verfall des Vermögens an die Gemeinde. Später entmündigte man ihn, was seine Geschäftsunfähigkeit in Hinsicht auf den größten Teil seines Vermögens zur Folge hatte. Darauf wandte man seit der Rezeption die Sätze der römischen cura prodigi an. Partikularrechtlich bestanden Besonderheiten darin, daß nach dem ALR. die Entmündigung schon auf Grund dauernder Vermögensvergeudung erfolgte, während das ABGB. 273 Notstand voraussetzte. Diesem System schließt sich das BGB. an; nach ihm wird der Entmündigte als beschränkt handlungsfähig behandelt.

Das neueste Recht hat eine besondere Entmündigung wegen Trunksucht zugelassen. So das BGB. und ZGB. Die österreichische Entmündigungsordnung fügt noch den Mißbrauch von Nervengiften hinzu.

III. Das Geschlecht. Die Rechtsstellung der Frau ist dem Strukturwandel der Gesellschaft gefolgt. Die Gesellschaftsform der germanischen Urzeit brachte der Frau Rechtsgarantien in der Zugehörigkeit zu ihrer Sippe. Freilich war die Frau, weil wehrunfähig, vom öffentlichen Rechtsleben, so auch vom Rechtsgang ausgeschlossen. Sie hatte daher keinen Anteil am Grund und Boden und bedurfte eines Geschlechtsvormundes (s. u. § 91). Doch war sie keineswegs privatrechtlich rechtsunfähig. So nahm sie am Fahrhabevermögen der Sippe teil, als deren Mitglied sie erscheint; die gebärfähige Frau war sogar durch ein besonders hohes Wergeld ausgezeichnet. Auch in der Ehe war die Frau gegen Willkürhandlungen des Mannes als Schutzgenossin ihrer Sippe geschützt. In

fränkischer Zeit trat gleichzeitig mit stärkerem Ausbau der munt des Mannes in der Ehe die Schutzgewalt der Sippe zurück. Der Mann als das Familienhaupt hatte volle Gewalt über die Frau und die Nutzung an ihrem Vermögen. Nach seinem Tode kam sie mit den Kindern in die Muntgewalt der Vatermagen. Diese Entwicklung, die Karl der Große durch Annahme einer Art Obervormundschaft des fränkischen Königs über Witwen und Waisen vergeblich aufzuhalten suchte und die durch den im Christentum liegenden Zug zur Askese gefördert wurde, hat im Frühmittelalter z. T. zu einer fast absoluten Gewalt des Mannes über die Frau geführt. Jetzt erst hatte sie geringeres Wergeld als der Mann, wurde sie geradezu als seine Fahrhabe bezeichnet.

Seit dem 12. Jahrhundert begann eine Entwicklung zur Hebung der Rechtsstellung der Frau. Sie wurde gefördert von der Kirche, deren individualistische Grundanschauung den Heiratszwang verfolgte, die Ehe als Vertrag gleichstehender Vertragsparteien behandelte und durch Erschwerung der Ehescheidung die Stellung der Frau in der Ehe festigte. Entscheidend aber wurde die neue ständische Schichtung. Freilich der Ritterstand hielt für die Frau trotz ihrer Aufnahme in die ritterliche Gesellschaft am Ausschlusse vom Grunderbrecht und am Heiratszwang fest. Dagegen verfiel in den Kreisen der grundhörigen Bauern die ehemännliche Gewalt. Die Frau war dem Grundherrn als Arbeitskraft unmittelbar wertvoll, erschien daher als Genossin des Mannes. Auch bei der freien Bauernschaft drang der genossenschaftliche Gedanke durch: das Familiengut wurde zum Ehegut, das der Verfügung der ehelichen Genossenschaft unterlag. Und in der Stadt fielen die letzten Schranken. Das bewegliche Vermögen wurde zum Vermögenskern; die Frau erschien voll vermögensfähig. In vielen Städten traten handeltreibende Frauen auf, die als voll verfügungs- und verpflichtungsfähig, prozeß- und zunftfähig behandelt wurden. In Köln kamen Zünfte vor, die ausschließlich aus Frauen bestanden. Vereinzelt wurde den Zunftwitwen die Fortführung des Gewerbes gestattet.

Seit dem 16. Jahrhundert wurde die Vormachtstellung des Mannes neu befestigt. Dem wirtschaftlichen Niedergang der Städte entsprach es, daß die Höfe der Landesherren die kulturelle Führung übernahmen. Der Landesherr wies den Töchtern seiner Untertanen keine bessere Rechtsstellung zu als denen seines Hauses. Seine Juristen kennzeichneten den Ehemann als den Herrn in der Ehe nach dem Vorbild der absoluten Gewalt des Landesherrn im Staate. Für alle Frauen außerhalb der Ehe entwickelte man von neuem eine Geschlechtsvormundschaft (Kriegsvogtei), die in Anlehnung an die römische cura impuberum ausgestaltet wurde. Zu allen Rechtsgeschäften einer Frau war wieder die Zustimmung des rechten Vogts nötig; ihre Bürgschaften und Interzessionen wurden nach römischem Vorbild unwirksam. Diese Kriegsvogtei blieb vereinzelt bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts in Geltung. Das ALR. hob sie freilich auf, bewahrte aber die nun auf naturrechtlichen Vertrag begründete überragende Stellung des Mannes in der Ehe; er vertrat die Frau gerichtlich, verwaltete und nutzte ihr Vermögen, übte allein die väterliche Gewalt aus.

Die neuere Reichsgesetzgebung hat der Frau die privatrechtliche Gleichstellung mit dem Manne gebracht. Nur in der Lehnsfähigkeit und im Erbrecht an gebundenem Liegenschaftsbesitz blieb sie zurückgesetzt. Schon im allgemeinen HGB. und in der ZPO. wurde ihr volle Geschäfts- und Prozeßfähigkeit verliehen. So auch das BGB., das als privatrechtliche Besonderheit für die Frau u. a. die frühere Ehemündigkeit und die gesetzliche Wartezeit (Eheges. 11, ABGB. 120) festgehalten hat.

Schrifttum: Laband: Z. f. Völkerpsychologie 3 (1865), S. 137. — Weinhold: Die deutschen Frauen in dem Mittelalter, 2 Bde., 2. Aufl., 1881. — Bücher: Die Frauenfrage im Mittelalter, 2. Aufl., 1910. — Gide: Étude sur la condition privée de la femme, 2. Aufl., 1885. —

Opet: MIÖG. 3. Erg.-Bd., 1890, S. 1; 5. Erg.-Bd., 1899, S. 183. — Weber: Ehefrau u. Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907. — Hartwig: Hans. Gbl. 14 (1908), S. 35. — Behaghel: Die gewerbl. Stellung der Frau im mittelalterlichen Köln, 1910. — Fehr: Die Rechtsstellung der Frau u. der Kinder in den Weistümern, 1912. — Finke: Die Frau im Mittelalter, 1913. — Bastian: Conrads JB. 115 (1920), S. 385. — Bohne: Zur Stellung der Frau im Prozeß- u. Strafr. der italien. Statuten, 1926. — Schmelzeisen: Die Rechtsstellung der Frau in der deutschen Stadtwirtschaft, 1935. — Gerda Merschberger: Die Rechtsstellung der germanischen Frau, 1937. — Hess: Die deutschen Frauenberufe des Mittelalters, 1940.

Zweiter Teil.

Die Personenverbindungen und die juristischen Personen.

Das ältere deutsche Recht zeigt einen stark genossenschaftlichen Charakter: das Individuum bedeutet rechtlich für sich nichts, sondern nur insofern, als es Mitglied einer sozialen Gruppe ist. Nur das Mitglied einer vollfreien Sippe ist Rechtsgenosse.

Die älteren Genossenschaften beruhen auf verwandtschaftlicher Zusammengehörigkeit. Sie umfassen die gesamte Persönlichkeit mit ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Existenz. Sie sind Zwangsverbände. Sie greifen zugleich in das Gebiet des öffentlichen wie des privaten Rechts ein. Im Gegensatz dazu ist für die späteren Genossenschaften häufig nur das örtliche Zusammenleben, die Gemeinsamkeit des Berufs entscheidend, begnügen sie sich mit der Verfolgung von Einzelzwecken, gestatten sie vielfach freiwilligen Beitritt, trennen sich die privatrechtlichen von den öffentlich-rechtlichen.

Die ältere Zeit kennt nur Personenverbindungen: die Genossenschaft ist nichts anderes als die Summe ihrer Mitglieder, ihr kommt keinerlei rechtliche Selbständigkeit gegenüber den Mitgliedern zu. Im Mittelalter stellt sich daneben in mancherlei Schattierungen die Verbandsperson, die der rechtlichen Verselbständigung gegenüber den Mitgliedern zustrebt.

I. Abschnitt.

Die Arten.

Erstes Kapitel.

Die Gemeinderschaften.

§ 17.

I. Die ältere Gemeinderschaft. Die Gemeinderschaft hat sich aus der Hausgemeinschaft entwickelt: häufig blieben die Söhne auch nach dem Tode ihres Vaters in gemeinschaftlichem Haushalte vereinigt (coheredes, Ganerben). Als eine besondere Form tritt im Mittelalter die Gemeinderschaft der in Gütergemeinschaft verbundenen Ehegatten hinzu.

1. Bäuerliche und ritterliche Gemeinderschaften. Eine große Rolle spielt die Gemeinderschaft in den Kreisen der Bauern und der Ritter. Die bäuerliche Gemeinderschaft setzt gemeinsamen Haushalt der Gemeinder voraus. Über das Gemeindergut ist nur die Gesamthand der Gemeinder verfügungsberechtigt; bei grundsätzlicher Gleichberechtigung aller kommt freilich dem ältesten männlichen Mitglied meist Vertreterstellung zu. Stirbt ein Gemeinder, so treten seine Kinder an seine Stelle, bei kinderlosem Tod wächst sein Anteil den andern an. Jederzeit kann durch Kündigung die Auflösung erreicht werden, der die Totteilung folgt. Die ritterlichen Ganerbschaften, für den Ritterstand von hervorragender sozialer Bedeutung, lassen dagegen nur eine Teilung bei Zustimmung aller zu, sie halten den gemeinderschaftlichen Zusammenhang selbst bei Teilung der Nutzung, ja sogar der Substanz aufrecht. Weiter werden solche Ganerbschaften auch unter Nichtverwandten vertragsmäßig begründet (Burgfrieden, Stammvereine).

Für die Gemeinderschaft ist es wesentlich, daß sie dauernd ihre Unselbständigkeit gegenüber den Mitgliedern bewahrt, sie ist ein reiner Personenverband. Die gesamte Hand (communis manus) der Gemeinder bleibt in ihr entscheidend: handlungsfähig ist nur die Gesamthand, nicht der einzelne; verfügungsfähig ist nur die Gesamthand, der einzelne kann nicht über seinen Anteil verfügen. Es gilt daher das Einstimmigkeitsprinzip; nur langsam wird es durch das Mehrheitsprinzip verdrängt. Nur für das Auftreten nach außen schafft die Gemeinderschaft einen einheitlichen Gemeinschaftswillen und läßt sich vielfach durch einen alleinhandelnden Gemeinder vertreten. An Stelle eines durch Tod ausscheidenden Gemeinders treten seine nächsten Erben, in älterer Zeit nur die Kinder; fehlen solche, so wächst der freiwerdende Anteil den überlebenden Gemeindern an, doch können diese dann auch Aufteilung verlangen. Eine Entwicklung, die den Gemeindern ein Recht auf jederzeitige Auflösung gewähren wollte, drang nicht durch; die ritterschaftlichen Ganerbschaften konnten vielmehr meist nur mit Zustimmung aller Ganerben aufgelöst werden. Zur Kopfteilgemeinschaft entfaltete sich die Gemeinderschaft nur in wenigen Rechten.

Schrifttum: M. Huber: Die Gemeinderschaften der Schweiz, 1897 (Gierkes Unters. 54). — Cohn: Z. vgl. RW. 13 (1898), S. 1. — Dübi: Die Gemeinderschaften zur gesamten Hand, 1910 (Gmür, Abh. 40). — Frommhold: ZRG.G. 37 (1916), S. 540. — Pappenheim: Die Speisegemeinschaft im älteren westnordischen Recht, 1931. — Braude: Die Familiengemeinschaften der Angelsachsen, 1932. — Buchda: Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936. — Schultze: Zur Rechtsgeschichte der germanischen Brüdergemeinschaft. ZRG.G. 56, 1936, S. 264. — Tägert: Familienerbe in Friesland, 1937.

2. Die Handelsgesellschaften. In den Städten bildeten sich Erwerbsgesellschaften. Sie waren zunächst Gelegenheitsgesellschaften. Dem ausreisenden Kaufmann wurde von einem Mitbürger bei Gelegenheit der Ausreise Geld gegeben, damit er zu gemein-

samem Nutzen damit Handel treibe. Häufig verband sich damit ein Widerlegungsverhältnis: auch der Reisende legte Geld in die Gesellschaft ein, das ihm vielfach der Kapitalist erst darlieh. Diese wederlegginge (vera societas) war eine nur interne (stille) Gesellschaft, die aber häufig auf längere Dauer abgeschlossen und damit zur Gewerbsgesellschaft wurde. Daneben hat aber das Mittelalter bereits die offene Handelsgesellschaft entwickelt, eine Gewerbsgesellschaft, deren Geschäftsführung von mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich betrieben wurde, denen auch das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand zustand und die eine gemeinschaftliche Firma annahmen. Die offene Handelsgesellschaft erwuchs aus der Hausgemeinschaft; seit dem 13. Jahrhundert ist in Italien die societas fratrum, die compagnia (Brotgemeinschaft) als Erwerbsgesellschaft nachweisbar. Auch die deutschen Handelsgesellschaften des 15. und 16. Jahrhunderts sind Familiengesellschaften von Brüdern oder nahen Verwandten, wie z. B. die Gesellschaft der Fugger. Anfänglich waren die Gesellschafter zur Vertretung ihrer Mitgesellschafter nur kraft ausdrücklicher Vollmacht befugt. Aber schon im Ausgang des 15. Jahrhunderts ergreift die Vertretungsmacht jedes Gesellschafters alle Mitgesellschafter. Die Folge war eine unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter für alle Geschäftsschulden. Häufig wurden daher minder geeignete Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen. Endlich wandelte sich die offene Handelsgesellschaft vielfach in eine Kommanditgesellschaft um, indem zahlreiche, meist nicht verwandte Beteiligte Einlagen in die Gesellschaft einbrachten. Die Beteiligten leisteten keine Arbeit, sie hatten ausschließlich Anteil am Gewinn und Verlust. Vielfach organisierten sie sich, um eine Rechenschaftslegung der Hauptherren erzwingen zu können.

Schrifttum: Schmidt: Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, 1883. — Rehme: ZGes. HR. 42 (1894), S. 367. — Keutgen: VJSchr. Soz. u. WG. 4 (1906), S. 287, 460, 567. — K. Lehmann: Das. 8 (1910), S. 128. — Stein: Hans. Gbl. 16 (1910), S. 571. — Strieder: VJSchr. Soz. u. WG. 10 (1912), S. 521; Beiträge zur Geschichte kapitalistischer Organisationsformen, 1914. — Apelbaum: Basler Handelsgesellschaften, 1915. — Silberschmidt: Beteiligung und Teilhaberschaft, 1915. — Sombart: Arch. Soz. W. u. Soz. Pol. 42 (1916), S. 462. — Schulte: Geschichte der großen Ravensburger Handelsgesellschaft, 3 Bde., 1923. — Peterka: ZHR. 73, S. 399. — Chiaudano: Contratti commerciali Genovesi del secolo XII, 1925. — Reinhardt: Jak. Fugger, 1926. — Strieder: Jak. Fugger d. Reiche, o. J. — Planitz: Hans. Gbl. 31 (1927), S. 1. — Rehme: ZRG.G. 47 (1927), S. 487. — Sayous: Le Sendevegeschäft et la Widerlegung pendants germaniques de la Commande et de la societas maris, 1936. — Silberschmidt: Die italienische Commendaforschung der jüngsten Zeit, 1936. — Condanari-Michler: Zur frühvenezianischen Collegantia, 1937. — Silberschmidt: Von Collegantia und Rodagia zu Widerlegung und Sendeve, 1938.

II. Gemeinderschaften im modernen Recht. Die älteren Formen der Gemeinderschaft, die bäuerliche und die ritterliche, sind heute verschwunden. Erhalten blieb aber der Gedanke der Gesamthand,

der in der ehelichen und fortgesetzten Gütergemeinschaft sowie in den Gesellschaftsformen des Handelsrechts eine neue Blütezeit erlebt. Für die offene Handelsgesellschaft ist die Gestaltung maßgebend geworden, die sie im 17. Jahrhundert in den romanischen Ländern, besonders in Frankreich, erhalten hat; das AHGB. hat sie in dieser Form aufgenommen. Träger des Rechts am Gesellschaftsvermögen sind die Gesellschafter als Gesamthänder; ihnen ist eine unmittelbare und primäre Haftung für die Schulden der Gesellschaft aufgelegt. Als Firmengesellschaft tritt sie nach außen einheitlich auf.

Zweites Kapitel.

Die Genossenschaften und Körperschaften.

I. Die Landgenossenschaften.

§ 18.

I. Die Markgenossenschaften.

1. Die Markgenossenschaft hat ihren Ausgangspunkt in der Sippe. Diese ist der älteste Agrarverband, dem die Völkerschaft das Land zuteilt. Der Agrarverband wandelt sich mit Zurücktreten des Blutbands zum Nachbarverband (vicinitas), die Geschlechtsmark wird zur Nachbarmark.

Die Markgenossenschaft setzt für die germanische Zeit einen Agrarkommunismus voraus. Das ist freilich lebhaft bestritten. Viele meinen, die Markgenossenschaft sei erst in historischer Zeit entstanden infolge des Vordringens der Grundherrschaft in den Urwald; das gerodete Land sei genossenschaftliches Land geworden (Dopsch). Dem widerstreitet, daß die Markgenossenschaft schon in der Lex Salica fest bezeugt ist.

Anfänglich erfaßt das Gemeineigen den ganzen Grund und Boden. In historischer Zeit werden Haus und Hof, Garten und Acker als Sondereigen anerkannt. So verbleibt als markgenossenschaftliches Gemeinland nur Weide und Wald, Wiese und Wasser (Allmende). Die Allmende ist genossenschaftliches Gesamteigentum. Eigentum haben die Genossen in ihrer Gesamtheit. Sie stehen nicht neben, sondern in der Genossenschaft, sind ihre Glieder; sie ist nicht ihnen gegenüber eine selbständige Rechtsperson. Nur die Gesamtheit der Genossen hat die Verfügung über die Mark, die Veräußerung von Markland, die Ausgabe in Sondernutzung, die Bestimmung des Wirtschaftsplans. Dem einzelnen Genossen steht nur die Nutzung in den Grenzen der Gesamtnutzung zu, freilich erst spät inhaltlich beschränkt, aber ohne Ausschlußrecht gegenüber andern Genossen an in Nutzung genommenem Marklande.

Die Genossen fassen ihre Beschlüsse im Märkerding. In ihm haben sämtliche mit eigenem Haushalt in der Mark angesessenen Männer Sitz und Stimme. Die Beschlußfassung erfolgt einstimmig. Eine Majorisierung findet nicht statt. Auch ein nicht anwesender Markgenosse kann nachträglich dem gefaßten Beschluß widersprechen. Das Märkerding ist das einzige und oberste Genossenschaftsorgan. Auch der Obermärker, der den Vorsitz führt, hat keine selbständige Organ-

stellung. Ihm so wenig wie dem Markbeamten (Förster, Flurschütz) kommt ein verfassungsmäßiger Geschäftskreis zu.

2. Die Markgenossenschaft hat während des Mittelalters zahlreiche Veränderungen durchgemacht.

a) In manchen Gegenden ist sie zur Wirtschaftsgenossenschaft privilegierter Gemeindemitglieder geworden. So bilden sich Realgemeinden: nur der Besitzer einer vollen Hufe oder einer der alten mit Genossenschaftsrecht ausgestatteten Höfe bleibt an der Allmende nutzungsberechtigt, oder Personalgemeinden, in denen das Nutzungsrecht den altansässigen Familien unter Ausschluß neuer vorbehalten wird, oder endlich Nutzungsgemeinden, in denen das Nutzungsrecht den Charakter eines ideellen Anteilrechtes erlangt, also selbständig übertragbar, teilbar und in einer Hand anhäufbar wird.

b) Wo die Markgenossenschaft sich zur hofrechtlichen Genossenschaft wandelt, wird die Allmende als Eigentum des Grundherrn angesehen. Hofrechtlich haben zwar die Genossen Gesamtrecht an der Mark, ihr Märkerding ist oberstes Genossenschaftsorgan. Aber landrechtlich ist der Grundherr Eigentümer des Genossenschaftsvermögens, und weiter wächst ihm als Obermärker die Stellung eines selbständigen Genossenschaftsorgans zu.

c) Von entscheidender Bedeutung wurde es endlich, daß sich die Markgenossenschaft zur juristischen Person wandelte. Diese Entwicklung trat zuerst für die Stadt ein.

Seit dem 12. Jahrhundert entstand die Stadt im Rechtssinne durch die Ausbildung und Anerkennung einer Stadtgemeinde. In der Stadt spielte die Allmendnutzung eine geringe Rolle; selbst wichtige Städte besaßen keine Allmende. Die Stadt entwickelte vielmehr autonom neue selbständige Zwecke politischer, wirtschaftlicher, kultureller Art. Sie trennte sich damit von den Genossen, eigne Interessen, eigner Wille wandelten sie zur Körperschaft, zur selbständigen Persönlichkeit. Das Majoritätsprinzip setzte sich für alle Fälle durch. Dem ist die Landgemeinde langsam gefolgt. Das ehemals genossenschaftliche Gesamteigen an der Mark wurde zum körperschaftlichen, zum Eigentum der nun selbständigen politischen Gemeinde. Fortbestehende Nutzungen der Gemeindeglieder an der Mark erschienen als Nutzungen an fremder Sache.

3. Erst das 19. Jahrhundert hat die letzten Reste markgenossenschaftlicher Bildungen beseitigt, indem entweder das Allmendland von den Nutzungsrechten der Gemeindegenossen befreit und damit zum freien Gemeindevermögen wurde, oder indem man es an die Genossen zu freiem Eigentum aufteilte, was nach dem Vorbild der preußischen Gemeinheitsteilungsordnung von 1821 von den meisten deutschen Bundesstaaten durchgeführt worden ist. Nur in Süd- und Westdeutschland sowie der Schweiz haben sich Allmenden noch weiter erhalten.

Schrifttum: Aus der allgemeinen wirtschaftsgeschichtlichen Literatur bes. G. Hanssen: Agrarhistorische Abhandlungen, 188ff. — G. v. Maurer: Einl. zur Gesch. der Mark,- Hof-, Dorf- u. Stadtverfassung, 1854. — De Laveleye-Bücher: Das Ureigentum, 1879. — v. Inama-Sternegg: Deutsche Wirtschaftsgesch., 3 Bde., 1879—1901. — Lamprecht: Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter, 4 Bde., 1886. — A. Meitzen: Siedelung und Agrarwesen, 4 Bde., 1896. — Dopsch: Die Wirtschaftsentwicklung der Karolinger-Zeit, 2 Bde., 2. Aufl., 1921f.;

Wirtschaftl. u. soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung, 2 Bde., 2. Aufl., 1923. — R. Kötzschke: Grundzüge der deutschen Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., 1921; Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters, 1923. — M. Weber: Wirtschaftsgeschichte, 1923. — Von den zahlreichen Spezialuntersuchungen hebe ich hervor: A. Heusler: Z. schweiz. R. 1862, S. 44. — v. Miaskowski: Die schweizerische Allmend, 1879. — Haff: Geschichte einer ostalemannischen Gemeinlandsverfassung, 1903; die dänischen Gemeinderechte, 1909; VJSchr. Soz. u. WG. 8 (1910), S. 17. — Schotte: Studien zur westfälischen Mark- und Markgenossenschaft, 1908. — Lappe: Die Bauerschaften der Stadt Geseke, 1908 (Gierkes Unters. 97); Nordlüner Markenr., 1910; Das Recht des Hofes zu Gahmen, 1910; ZRG.G. 32 (1911), S. 229; Salzkotten, 1912 (Beyerles Beitr. 7, 4); Werne, 1919. — Varrentrapp: Rechtsgeschichte u. R. der gemeinen Marken in Hessen, 1909 (Heymanns Abh. 3). — Thimme: Arch. Urk. Forschg. 2 (1909), S. 101. — Weimann: Die Mark- u. Walderbengenossenschaften des Niederrheins, 1911 (Gierkes Unters. 106). — Wopfner: MIÖG. 33 (1912), S. 553. — Stäbler: N. Arch. 39 (1914), S. 693. — D. Philippi: Die Erbexen, 1920 (Gierkes Unters. 130). — Bergdolt: Bad. Allmenden, 1926. — Haff: ZRG.G. 47 (1927), S. 673; 49 (1929), S. 433. — Weimann: Landesherr und Allmende, 1928.

II. Sonstige Landgenossenschaften. Im Mittelalter haben sich Genossenschaften mit landwirtschaftlichen Zwecken gebildet, die zum Teil sich bis in die neueste Zeit erhalten haben. Erst der neueren Zeit gehören die Gehöferschaften im Regierungsbezirk Trier an. Sie waren der erste Versuch, die älteren Bodengemeinschaften durch eine rationellere Form zu ersetzen.

Die Gehöferschaft hat Gesamteigentum an einer Feldmark, die nach der Zahl der Genossen in Lose eingeteilt wird und durch Verlosung periodisch unter die Genossen neu zur Verteilung kommt. Waldgenossenschaften sind die Haubergsgenossenschaften im Siegerland. Die gemeinsame Waldung (Hauberg) ist in 16—20 Haue eingeteilt; in jedem Hau hat jeder Genosse nach der Größe seines Anteils ein Land zur Abholzung (Jan). Ähnlich wird in den Schweizer Alpgenossenschaften die Alp in Kuhrechte gestühlt.

Schrifttum: Rörig: Westd. Z. Erg.-Heft 13, 1916. — Delius: Hauberge u. Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes, 1910 (Gierkes Unters. 101). — Müller: VJSchr. Soz. u. WG. 15 (1920), S. 1.

Die Markgenossenschaften der deutschen Nordseeküste bildeten zugleich Deichverbände. Während ursprünglich die Markgenossen gemeinschaftlich den Deich erhielten (Kommuniondeichung), erschien später jedes Grundstück mit der Deichpflicht für einen einzelnen Teil des Deiches (Kabel) belastet (Wer nicht will deichen, muß weichen). Weiter fiel die Identität von Mark und Deichverband fort, da sich vielfach mehrere Gemeinden zur Erhaltung eines Deiches zusammenschlossen. Seine Beschlüsse faßt der Deichverband in der Deichversammlung. Als weitere Organe stehen neben ihr der Deichgraf und der Deichrichter mit den Deichgeschworenen. Die Deichverbände wurden im absoluten Staat zu Staatsanstalten umgewandelt, erhielten aber im 19. Jahrhundert ihre Selbstverwaltung zurück.

Schrifttum: J. v. Gierke: Geschichte des deutschen Deichrechtes, 2 Bde., 1901, 1917 (Gierkes Unters. 63, 128). — Albers: Das Deichrecht im Amte Ritzebüttel, 1938.

II. Die Berufs- und Erwerbsgenossenschaften.

§ 19.

I. Die Berufsgenossenschaften (Zünfte). Die Zünfte (Gilden) sind die Genossenschaften der Gewerbetreibenden.

1. Die Kaufmannsgilden. In den neuen Wiken der städtischen Frühzeit siedelten sich Kaufmannsgemeinden an, die sich zu Gilden zusammenschlossen. Die Gilde war eine Bruderschaft mit der Pflicht zur Rache und brüderlicher Treue und Hilfe. Sie war die Trägerin des Totenkults und feierte die Toten durch Trankopfer im Gildegelage. Über die Genossen übte sie eine Gildegerichtsbarkeit aus, die in schweren Fällen die Ausstoßung aus der Gemeinschaft verhängte. Vorsitzender des Gildegerichts war der Gildevorstand. Die Gilde war zugleich die politische und kirchliche Gemeinde des Wik. Sie entschied über die Aufnahme eines neuen Gildebruders, die zugleich eine Aufnahme in den Wik darstellte. In manchen Städten sind die Kaufmannsgilden durch Verbände der meliores, der Reichen, ersetzt worden, die in der Stadt die Selbstverwaltung an sich zogen.

Schrifttum: Wilda: Das Gildenwesen im Mittelalter, 1831. — Joachim: Gilde und Stadtgemeinde in Freiburg im Breisgau, 1906. — Weidner: Das Recht der Kaufmannsgilde des Mittelalters (Gierkes Unters. 141). — Frölich: Kaufmannsgilde und Stadtverfassung, Schultze-Festschrift 1934. — Planitz: Das Kölner Recht und seine Verbreitung in der späteren Kaiserzeit, 1935. — Kaufmannsgilde und Eidgenossenschaft, ZRG. G. 60, 1940. — Frühgeschichte der deutschen Stadt 63, 1943.

2. Die Handwerkerzünfte. Seit dem 12. Jahrhundert können die Zünfte in den deutschen Städten nachgewiesen werden. Ihre Entstehung geht auf ältere Grundlagen zurück. Am Rhein und an der Donau hat das Handwerk schon in römischer Zeit eine bedeutende Blüte erlebt, und es ist nicht ausgeschlossen, daß das römische Verbandswesen bis in das Frühmittelalter nachgewirkt hat. Das frühmittelalterliche Handwerk entfaltete sich zunächst in den Fronhöfen der Grundherren. Aber die Entwicklung der Zunft selbst ging nicht vom Fronhof aus. Sie war vielmehr das Ergebnis der freien Einung selbständiger Gewerbetreibender in der Stadt. Der große Aufschwung des städtischen Gewerbefleißes besonders im 12. Jahrhundert führte die Gewerbetreibenden zusammen. In den größeren Städten wohnten sie miteinander in eigenen Vierteln. Sie erstrebten gemeinsame Vorrechte beim Absatz ihrer Produkte auf dem städtischen Markt, und nach Erreichung dieses Zieles schlossen sie sich fest zusammen, um den Marktverkehr im Zusammenwirken mit den städtischen Behörden zu ordnen. Die Berufsgruppen einigten sich unvermittelt zur Zunft. Die Stadtbehörden unterstellten die Zünfte ihrer Kontrolle und legten ihnen gegen Anerkennung gewisser Vorrechte eine Anzahl von Pflichten auf. So konnte es auch kommen, daß Verbände unfreier Handwerker der Fronhöfe von der Stadt als Zünfte anerkannt wurden. Die Zünfte verfolgten neben den gewerblichen auch gesellige und besonders auch religiöse Zwecke. Die Zünftler waren geschworene Brüder, die Zunft war fraternitas, conjuratio.

3. Die Zunft beruht auf dem Zunftzwang. Er bedeutet für die Zunftmitglieder ein ausschließliches Gewerbe- und Handelsmonopol. Bestimmte gewerbliche Arbeiten sind der Zunft derart zugewiesen, daß es innerhalb der Bannmeile zunftlosen Arbeitern verboten ist, solche Arbeiten vorzunehmen und Erzeugnisse feilzubieten. Aus dem Zunftzwang folgt weiter eine ausschließliche Gewerbepflicht. Das Zunftmitglied muß die ihm übertragenen Arbeiten übernehmen und treu und gewissenhaft durchführen. Der Zunft selbst kommt eine genossenschaftliche Kontrolle der Arbeit ihrer Mitglieder zu. Sie setzt Preistaxen fest und bestraft Pfuscharbeit. Auch beschränkt sie den allzu großen Wettbewerb einzelner

Zunftmitglieder gegen andere und beseitigt den der zunftlosen Arbeiter.

Wer das Gewerbe der Zunft betreiben will, muß daher Zunftmitglied werden. Er muß Lehrling und Geselle gewesen sein, sein Meisterstück gemacht haben und das Bürgerrecht besitzen. Alle Zunftmeister haben Sitz und Stimme in der Mitgliederversammlung (Morgensprache). Diese ist das oberste Organ der Zunft; sie übt unter Überwachung durch den Stadtrat die Autonomie aus und verfügt über das Zunftvermögen. Aber auch der Vorstand ist Zunftorgan, denn ihm kommt ein verfassungsmäßig bestimmter Geschäftsbereich zu. Er übt die Zunftgerichtsbarkeit über die Mitglieder aus und dient als Schiedsrichter bei Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern oder zwischen ihnen und Dritten. Die Zunft ist sonach eine Körperschaft. Selbständige Organe verfolgen selbständige Zunftzwecke. Die Interessen der Genossen sind andere als die der Körperschaft: die Organe haben auch das Interesse der Obrigkeit und der Gesellschaft zu wahren. Auch das Zunftvermögen dient nicht unmittelbar den Zwecken der Genossen. Es ist körperschaftliches Gesamtvermögen.

4. Seit dem späten Mittelalter gelang es der Zunft als Kern des Bürgertums und Hauptträgerin der städtischen Wehrkraft, die Vormacht der Stadtaristokratie durch Errichtung einer zunftmäßigen Ratsverfassung zu brechen. Im Inneren zeigte sie Verfallserscheinungen. Die starke genossenschaftliche Bindung wurde zum Hemmnis des technischen Fortschritts. Man bevorzugte die Angehörigen von Zunftgenossen ohne Rücksicht auf ihre Tüchtigkeit. Die Überspannung des Begriffs der Unehrlichkeit entzog den Zünften wertvolle Kräfte. Während in Europa technischer Erfindungsgeist aufblühte, wurde er in den Zünften beargwöhnt und unterbunden; der schöpferische Zünftler mußte seine Erfindung den Zunftgenossen zur Verwertung ausliefern. So führte ein kleinlicher Zunftgeist zum Niedergang des deutschen Handwerks. Seit dem 18. Jahrhundert versuchte die Reichs- und Landesgesetzgebung die Eintrittsvoraussetzungen neu zu regeln. Aber ohne Erfolg. Im 19. Jahrhundert wurde der Gedanke der Gewerbefreiheit herrschend; in Preußen wurden bereits 1810 die Zünfte beseitigt. Doch ist die neueste Gesetzgebung zur Erneuerung des Zwangscharakters der Handwerkerinnungen wieder zurückgekehrt; die Kaufmannsgilden wurden zu staatlichen Anstalten mit dem Zweck der Förderung der Handelsinteressen umgewandelt.

Schrifttum: Hegel: Städte u. Gilden der german. Völker, 1891. — Keutgen: Ämter u. Zünfte, 1903. — Frensdorff: Hans. Gbl. 1907, S. 1. — v. Below: Hist. Z. 106 (1911), S. 268; 109 (1912), S. 23. — Sander: Hist. VJSchr. 16 (1913), S. 366. — Seeliger: Das. S. 472. — v. Below: VJSchr. Soz. u. WGesch. 12 (1914), S. 1. — Schmoller: JB. f. GesG. 42 (1918), S. 47. — Sieber: Arch. Kult. G. 11 (1914), S. 455; 12 (1915), S. 56. — Bücher: Beitr. z. Wirtschaftsgesch. 1922, S. 573. — Wissel: Des alten Handwerks Recht u. Gewohnheit, 2 Bde., 1929. — Schanz: Zur Geschichte der deutschen Gesellenverbände, 1877. — Lentze: Der Kaiser und die Zunftverfassung in den Reichsstädten, 1933. — Arentz: Die Zersetzung des Zunftgedankens, 1935. — Lentze: Die rechtliche

Struktur des mittelalterlichen Zunftwesens in Wien und den österreichischen Städten, 1935. — Joachim: Historische Arbeiten aus seinem Nachlaß, 1936. — Sonntag: Der Zunftzwang in Köln bis zum Ausgang des Mittelalters, 1937. — Heinzen: Zunftkämpfe, Zunftherrschaft und Wehrverfassung in Köln, 1939.

5. Berufsvereine. Die Zunft erfaßte im Mittelalter auch die Gesellen. Mit dem Verfall des Handwerks, das die Lebenshaltung der Gesellen herabdrückte und die Aussichten auf selbständige Meisterschaft vernichtete, entstanden Gesellenbünde, die durch Arbeitseinstellung, Streik, ja Boykott die Lohn- und Arbeitsverhältnisse zu bessern suchten. Gegen diese organisierten Kampfverbände wandte sich der absolute Staat, der die Gesellenschaften verbot und Arbeitskampf und Streik als staatsfeindlich mit Strafe bedrohte; so verblieb es im 19. Jahrhundert, da auch der Liberalismus die Koalitionsfreiheit als Eingriff in die individuelle Freiheit ablehnte. Erst mit der Entfaltung des Gegensatzes zwischen dem kapitalistischen Großunternehmer und einer proletarisierten Arbeitermasse kam der Kampf um die Anerkennung der Berufsvereine der gewerblichen Arbeiter zum Austrag. Die englischen trade unions wurden schon 1824 anerkannt. In Deutschland gelang der Zusammenschluß erst seit 1862. Dabei gewährte die Gewerbeordnung von 1869 nur eine beschränkte Koalitionsfreiheit. Erst die Revolution von 1919 brachte die volle Anerkennung der Gewerkschaften. Aus Gründen der Haftung sind sie meist nichtrechtsfähige Vereine geblieben. Seit 1890 haben auch die Arbeitgeber Berufsvereine gegründet. Die Arbeitgeberverbände wie auch die Gewerkschaften haben sich wieder in Spitzenverbänden zusammengeschlossen. Die Bedeutung der Berufsverbände ergreift das gesamte Gebiet des Arbeitsrechts.

II. Die Erwerbsgenossenschaften. Genossenschaften zu gemeinschaftlichem Gewerbebetrieb sind dem Mittelalter nur wenige bekannt.

1. In Süddeutschland begegnen uns Transportverbände, sog. Rottgenossenschaften (Bayern, Tirol) oder Portgenossenschaften (Ostschweiz). Die Markgenossen der rottberechtigten Gemeinden hatten ein Transportmonopol auf gewissen Straßen, zu deren Unterhaltung sie z. T. verpflichtet waren.

Schrifttum: Schulte: Geschichte des mittelalterl. Handels u. Verkehrs zwischen Westdeutschl. u. Italien I, 1900. — Müller: VJSchr. Soz. u. WGesch. 3 (1905), S. 360, 555. — Stolz: Das. 8 (1910), S. 196; 22 (1929), S. 144. — Haff: ZRG.G. 31 (1910), S. 253.

2. Die Münzerhausgenossenschaften, wie sie im Mittelalter sich in manchen Städten West- und Süddeutschlands finden, sind aus Dienstgenossenschaften der ministerialischen Münzarbeiter der Münzherren hervorgegangen. Seit dem 13. Jahrhundert wußten die reichgewordenen Hausgenossen sich die selbständige Beleihung mit der Münze seitens des Münzherrn zu verschaffen. Sie bildeten damit eine Kapitalgenossenschaft. Die Hausgenossen hatten nur (gegen Anteil am Münzgewinn) das Münzmaterial zu beschaffen, während die Arbeit von Münzknechten verrichtet wurde. Organe waren die Hausgenossen als solche und der Münzmeister. Am Ende des Mittelalters sind diese Genossenschaften wieder verschwunden.

3. Die Erwerbsgenossenschaften des modernen Rechtes, wie Aktiengesellschaft (HGB. 178ff., heute Aktiengesetz vom 30. 1. 1937), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. betr. G. m. b. H. 1892, in Österreich Gesetz von 1906), Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Ges. betr. Erwerbs- u. WirtschaftsGen. 1866, 1889, 1898, in Österreich 1873), sind dagegen in Deutschland erst in neuerer Zeit

entstanden. Von ihnen hat unmittelbar nur die Aktiengesellschaft an ältere Bildungen, insbesondere an die niederländischen Handelskompanien, angeknüpft; maßgebend wurde für sie die Regelung des Code de commerce. Sie ist Kapitalgesellschaft; ihre Grundlage bildet das in Aktien zerlegte Grundkapital. Die Mitglieder haben nur ein beschränktes Mitbestimmungsrecht und Anteil am Gewinn; sie haben weder Geschäftsführung noch haften sie den Gläubigern. Heute ist der Vorstand das leitende Organ, dem Verwaltung und Geschäftsführung zusteht; der Aufsichtsrat dagegen Kontrollorgan, die Hauptversammlung Beschlußorgan für wichtige Fragen. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Kapitalgesellschaft, die sich von der Aktiengesellschaft u. a. durch eine besondere Gestaltung der internen Beitragspflicht unterscheidet; sie wurde erst 1892 neu geschaffen. Eine eigenartige Stellung nehmen die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ein. Sie sollen die Wirtschaft ihrer Mitglieder unmittelbar fördern; die Mitglieder haften daher auch den Gläubigern unter Umständen unmittelbar, wenn auch nur subsidiär für den Ausfall.

4. Die Gewerkschaft ist die Genossenschaft des Bergrechts. Sie ging aus der Gemeinderschaft der kapitalistisch beteiligten Gewerken hervor, die schon im Mittelalter korporative Verfassung annahm. So ist sie seit dem Ausgang des Mittelalters Korporation; doch faßte sie noch das ALR. als bloße Gesellschaft auf. Man scheidet die ältere und die jüngere Gewerkschaft. Die ältere Gewerkschaft war Zwangsorganisation des Bergrechts, wenn mehr als acht Gewerken da waren. Diese waren am Gewerkschaftsvermögen mit ideellen Anteilen (Kux) in größerer oder kleinerer Zahl beteiligt, deren Gesamtzahl 128 betrug. Dazu kamen Freikuxe für gewisse Nichtgewerken, z. B. den Grundstückseigentümer. Nach der Zahl der übernommenen Kuxe war der Genosse zu Einlagen und „Zubußen" verpflichtet, hatte er am Gewinn teil. Die Zubußpflicht erlosch bei Aufgabe des Anteils (Abandon); der Anteil konnte bei Nichtleistung der Zubuße entzogen werden (Kaduzierung). Die Kuxe wurden in Kuxscheinen verbrieft. Sie galten als unbewegliche Sachen, waren im Berggegenbuch eingetragen und wurden durch Eintragung veräußert und verpfändet. Die Gewerkschaft hatte zwei Organe, die Gewerkenversammlung, in der nach Kuxen abgestimmt wurde, und den Grubenvorstand (Schichtmeister), der sie vertrat. Die jüngere Gewerkschaft, durch die Gesetzgebung von 1865 geschaffen, ist nur noch subsidiär; andere Vereinigungsformen sind zulässig. Sie ist juristische Person. Die Kuxe, deren es 100 oder 1000 gibt, sind Mitgliedschaftspapiere, die auf eine bestimmte Quote lauten. Sie sind Namenspapiere. Die Übereignung erfolgt durch Umschreibung im Gewerkenbuch. Der Kux ist heute Bestandteil des beweglichen Vermögens. Nachschußpflicht und Gewerkschaftsorgane entsprechen dem älteren Recht.

5. Die Pfännerschaft ist die Gewerkschaft des Salzrechts. Sie geht aus der Gemeinderschaft der kapitalistisch beteiligten Erbsälzer

hervor und nimmt bereits im Mittelalter korporative Verfassung an. Dem Kux entspricht hier die Pfanne (meist 111).

Schrifttum: s. unten § 36.

III. Die Idealgenossenschaften.

§ 20.

Besonders reich war das Mittelalter an Genossenschaften, die andere als wirtschaftliche Zwecke verfolgten. Der Pflege der Religion dienten die fränkischen Gilden und die geistlichen Bruderschaften des Mittelalters. Besonders in Norddeutschland verbreitet waren die Genossenschaften der Beghinen und die Brüder vom gemeinsamen Leben, die vielfach in gemeinsamem Haushalt wohnten. Auch politische Zwecke wurden durch genossenschaftlichen Zusammenschluß verfolgt. Über mehrere Territorien erstreckten sich z. B. die Städtebünde oder die schweizerische Eidgenossenschaft. In den Städten schlossen sich die Geschlechter zu Altbürgergilden zusammen. Genossenschaften der Ritter stehen neben den Korporationen der Landstände. Auch der wissenschaftliche Lehrbetrieb wurde im Wege der Genossenschaft durchgeführt.

Für die mittelalterliche Universität war Paris das Vorbild. Sie beruhte auf der freien Einung der Gelehrten, zu denen alle Inhaber der gelehrten Grade sowie die Scholaren gehörten. Neben der Teilung in vier Fakultäten trat nach Bologneser Muster für die Artistenfakultät die Teilung in vier Nationen ein. Ursprünglich wurde der Rektor nur von den Magistern der Artistenfakultät gewählt, dann aber wurde er durch Anerkennung der übrigen Fakultäten das Oberhaupt des studium generale. Die Universität war eine Körperschaft mit eigener Autonomie, Gerichtsbarkeit und Selbstverwaltung. Die Studierenden einten sich in den Kollegien und Bursen, die indessen bald verfielen. Der absolute Staat hat die Selbstverwaltung der Universitäten zu beschränken unternommen. Doch blieben sie als selbständige öffentlich-rechtliche Korporationen erhalten. Nach dem Satz der Reichsverfassung, daß die Wissenschaft und ihre Lehre frei sind (Art. 142), ist der Unterrichtsbetrieb ausschließlich den Universitäten überlassen.

Schrifttum: Link: Z. Ver. lüb. G. Bd. 20 (1920), S. 181. — Frölich: Z. Harz. V. 55 (1922), S. 19. — Brunner: Der Anteil des deutschen Rechts an der Entwicklung der Universitäten, 1896. — Brandes: Die geistlichen Brüderschaften in Hamburg, Z. f. Hamburg. Gesch., 34—36 (1934—37).

Drittes Kapitel.

Die Anstalten.

§ 21.

Während die Genossenschaften und Körperschaften genossenschaftlich organisiert sind, lebt in den Anstalten der herrschaftliche Verband fort. Für die Genossenschaft bilden die in ihr verbundenen Einzelpersonen selbst den maßgebenden Willen. In der Anstalt regiert ein von außen an sie herangetragener, mit dauernder Kraft wirksamer Wille.

I. Das ältere Recht. Die Anfänge der Anstalt erwuchsen im deutschen mittelalterlichen Recht, und zwar an den Kirchen und Klöstern.

Nach der älteren Auffassung stand das den kirchlichen Zwecken zugewendete Sondervermögen im Eigentum des Grundherrn oder des Heiligen. Mit der Beseitigung des Eigentumsgedankens durch die Patronatsgesetzgebung war die Auffassung angebahnt, daß die kirchliche Anstalt eine selbständige Organisation darstelle, für die der Wille des Stifters dauernd maßgebend sei. Ebenso erschien der älteren kirchlichen Lehre Christus als der unmittelbare, gegenwärtige Herr der Kirche, während man später die Kirche als eine selbständige Anstalt auffaßte, in der der Wille Gottes herrsche. Auch der Staat, der in älterer Zeit von genossenschaftlichen Gedanken beherrscht war, erschien als Anstalt, seitdem der Wille des Herrschers in ihm allein entscheidend wurde; die Landesherrlichkeit als solche, personifiziert in dem jeweiligen Oberhaupt des landesherrlichen Hauses, wurde als Willensträger des Staates angesehen. Endlich wurden im Mittelalter Stiftungen häufig frommen Zwecken zugewendet, die dauernd durch den Willen des Stifters beherrscht erschienen. Der anfänglich maßgebende Eigenkirchengedanke fand seine Begrenzung durch ein Aufsichtsrecht der kirchlichen Gewalten, sodann seine Überwindung durch die Patronatsgesetzgebung in der Anerkennung der Stiftung als freie Rechtspersönlichkeit. Die säkularisierten Stiftungen innerhalb der Städte erschienen häufig als selbständige Anstalten unter der Aufsicht des Rates, aber auch unselbständige als Treuhandseigentum der Stadt.

II. Die neuere Zeit hat Stiftung und Anstalt grundsätzlich geschieden. Diese wird dem öffentlichen, jene dem Privatrecht zugerechnet. Die Anstalt entsteht durch öffentlichen, die Stiftung durch privaten Willensakt des Stifters, der jedoch der staatlichen Genehmigung bedarf (BGB. 80). Immer haben sie Handlungsorgane, die den Willen des Stifters für den einzelnen Fall feststellen und ausführen. Sie haben keine Mitglieder, doch können ihre Destinatäre organisiert sein (so bei der Reichsbank). Seit dem 18. Jahrhundert wurden die Stiftungen und Anstalten erheblich vermehrt, da sie in stärkerem Maße weltlichen Zwecken dienstbar gemacht wurden; die neueste Entwicklung verwendet den Anstaltsbegriff auch für wirtschaftliche Unternehmungen.

Schrifttum: Stutz: Das Eigenkirchenvermögen, Gierke-Festschrift 1911, S. 1187ff. — Reicke: Das deutsche Spital und sein Recht im Mittelalter, 1932; Stiftungsbegriff und Stiftungsrecht im Mittelalter, ZRG. G. 53, 1933, S. 247. — Pleimes: Weltliches Stiftungsrecht, 1938.

II. Abschnitt.

Die Genossenschaftstheorie.

§ 22.

I. Die ältere Genossenschaftstheorie. Einer zusammenfassenden Betrachtung des deutschen mittelalterlichen Genossenschaftsrechts stellt sich als die wichtigste Scheidung die von Genossenschaften und Gemeinderschaften dar. Freilich steht die Gemeinderschaft noch

nicht im vollen Gegensatz zur älteren Genossenschaft, wohl aber entfernt sich diese durch Umbildung zur Körperschaft in immer stärkerem Maße von dem gemeinschaftlichen Ausgangspunkt.

In der älteren Genossenschaft (Sippe, Markgenossenschaft) sind die Zwecke und Interessen der Genossenschaft die der Genossen. Der Wille der Genossenschaft ist der Gemeinschaftswille der Genossen. Das Eigentum der Genossenschaft ist genossenschaftliches Gesamteigentum. Dagegen erscheint die Körperschaft (Stadt-, Landgemeinde, Zunft) als Gesamtpersönlichkeit. Es gibt einen körperschaftlichen Gesamtwillen, der als die verfassungsmäßige Zusammenfassung aller einzelnen Individualwillen der Genossen zustandekommt. Daher hat die Körperschaft zwei Organe: die Mitgliederversammlung, die den Gesamtwillen bildet, und den Vorstand, der ihn ausführt. Ihm steht also die Vertretung nach außen zu, wenngleich sich Reste des gemeinschaftlichen Handelns aller Genossen noch bis ins Hochmittelalter erhalten haben. Weiter gibt es ein körperschaftliches Gesamtvermögen, über das die Körperschaft durch ihre Organe verfügt; der einzelne Genosse hat an ihm ein Nutzungsrecht, das freilich in älterer Zeit noch nicht als Nutzungsrecht an fremder Sache aufgefaßt wird. Endlich ist die Körperschaft deliktsfähig. Für Delikte der Körperschaft haftet sie selbst, haften freilich auch die Genossen. So wird z. B. noch im Mittelalter die ganze Gemeinde in Acht und Bann getan. Andererseits haftet für die Delikte des einzelnen Genossen nicht nur dieser, sondern auch die Körperschaft. Für die Entstehung der Körperschaft gilt im Mittelalter der Grundsatz der freien Körperschaftsbildung, ein staatlicher Akt ist nicht nötig.

Die Gemeinderschaft steht im vollen Gegensatz zur Körperschaft. Sie bildet keine Gesamtpersönlichkeit, in ihr bleibt vielmehr die Gesamthand der Genossen entscheidend. Der Gemeinschaftswille der Genossen steht hier an Stelle eines Gesamtwillens. Nur die Gesamthand ist verfügungsberechtigt. Die Gemeinderschaft ist weder deliktsfähig noch besitzt sie einen verfassungsmäßigen Vertreter.

II. Die neuere Genossenschaftstheorie.

1. Die Entwicklung des deutschen Genossenschaftsrechts wurde durch die Rezeption des römischen Rechts unterbrochen. Aufgenommen wurde die römische Lehre in der Gestalt, die sie von den Postglossatoren und Kanonisten in Italien erhalten hatte. Man unterschied die societas von der universitas. Die societas bedeutet nur ein obligatorisches Verhältnis zwischen den Gesellschaftern. Sie ist selbst nicht Rechtssubjekt, daher auch nicht handlungsfähig. Soweit ein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist, steht dieses im Miteigentum der Gesellschafter nach Bruchteilen. Durch jeden Wechsel im Bestand der Gesellschafter geht sie zugrunde. Dagegen ist die universitas eigenes Rechtssubjekt, eine den Mitgliedern gegenüber fremde Drittperson. Sie ist also rechtsfähig, handlungsfähig,

vermögensfähig, prozeßfähig. Sie kann eigene Forderungen und Schulden haben. Sie haftet nicht für die Handlungen ihrer Mitglieder. Ihr Bestand ist vom Mitgliederwechsel unabhängig. Doch wird die Persönlichkeit der universitas nicht als real existierend gedacht, sondern nur als ein nomen intellectuale et res incorporabilis. Sie ist also nur fingiert (Fiktionstheorie). Weiter begann man die universitas personarum von der universitas bonorum zu unterscheiden. Letzteren Begriff entwickelte man an der Kirche als einer von Gott organisierten, mit besonderen Aufgaben ausgestatteten Anstalt, sowie an dem zu frommen Zwecken gestifteten Vermögen, das vom Willen des toten Stifters beherrscht gedacht wurde. Beiden sprach man juristische Persönlichkeit zu.

Die Anwendung der römisch-kanonistischen Korporationstheorie auf die deutsch-rechtlichen Genossenschaften bereitete große Schwierigkeiten. Man versuchte, die Gemeinderschaft den Rechtssätzen der societas zu unterstellen; doch lebte in den Handelsgebräuchen für die Erwerbsgesellschaft der Gemeinderschaftsgedanke fort. Die Körperschaften, weil nur fingierte juristische Personen, bedurften nunmehr wie die Minderjährigen und Wahnsinnigen eines Vertreters. Weiter sprach man ihnen die Deliktsfähigkeit ab, da sie ja in Wahrheit nicht existierten. Endlich haben die meisten Partikularrechte das Konzessionssystem angenommen. Der Erwerb der juristischen Person setzt einen Akt der Staatsgewalt voraus; sie bedurfte ausdrücklicher Schöpfung durch das Recht, weil sie nur für das Recht bestehen sollte.

Unter dem Einfluß des deutschrechtlichen Anstaltsbegriffs kam es zu scharfer Scheidung der Anstalt von den Körperschaften. Bedeutsam war, daß auch der Staat dem Anstaltsbegriff untergeordnet werden konnte. Auch er erschien als ein Rechtssubjekt, das einem von oben kommenden Willen, dem des Herrschers, unterworfen war. Damit war die Parallele zur Kirche und zur Stiftung gegeben.

2. Die Gesellschaftslehre des Naturrechts, nach der alle Personenverbindungen auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, atomisierte die Körperschaft: die „moralische Person" war in Wahrheit nur eine durch Vertrag verbundene Vielheit von Einzelpersonen. Diese Lehre hat die Kodifikationen stark beeinflußt (ALR.). Aber der durch Savigny neu belebten romanistischen Korporationstheorie konnte sie nicht standhalten. Indessen auch diese vermochte das Rätsel der Korporationen nicht zu lösen. Hier griff erst die germanistische Genossenschaftstheorie (Beseler, Gierke) ein. Unter Ablehnung der Fiktionstheorie verficht sie die Realität der Körperschaft. Sie erst hat das Verständnis dafür eröffnet, daß Korporation wie Stiftung in Wahrheit existierende lebendige Faktoren des Sozial- und Wirtschaftslebens sind. Dabei kann man anerkennen, daß es hierbei nicht an Übertreibungen gefehlt hat. Gewiß ist die Korporation kein Lebewesen, daher keine „Verbandsperson", aber die Rechtsordnung kann Korporation wie Stiftung als sozialen Gebilden die Stellung

eines Rechtssubjekts zuweisen. Danach erscheint die Korporation als fähig, einen Gesamtwillen zu bilden, der durch ihre Organe zur Ausführung kommt; sie ist vermögensfähig, handlungsfähig, deliktsfähig. Bei der Stiftung wird der hier fehlende Gesamtwille durch den im Stiftungsgeschäft enthaltenen Willen des Stifters ersetzt, der den Zweck der Stiftung festlegt.

Schrifttum: Otto Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., 1868—1913; Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung, 1887; Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902. — Sohm: Die deutsche Genossenschaft, 1888. — Für Frankreich die hervorragende Arbeit von Olivier-Martin: L'organisation corporative de la France d'ancien régime, 1938.

Dritter Teil.

Die Persönlichkeitsrechte.

§ 23. Das Wesen der Persönlichkeitsrechte.

Aus der Anerkennung der Rechtspersönlichkeit sind alle subjektiven Rechte abgeleitet; sie alle erscheinen im älteren Recht in diesem Sinne als Persönlichkeitsrechte. Erst mit der Ausscheidung besonders der Vermögensrechte beginnt die Geschichte des Persönlichkeitsrechts als einer selbständigen Rechtskategorie. Das ältere Recht begnügte sich mit dem strafrechtlichen Schutz des allgemeinen Rechts der Persönlichkeit. Dagegen hat das Mittelalter und besonders die neueste Zeit einzelne Persönlichkeitsrechte ausgebildet. Diese Rechte verleihen der Rechtsperson eine Herrschaftsmacht, die sich auf einen verselbständigten Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezieht. Sie gewähren Selbsthilfe- und Klagerecht und richten sich als absolute Rechte gegen jedermann. Als persönliche Rechte sind sie grundsätzlich unübertragbar und unvererblich. Doch ließ das ältere Recht einen Verzicht auf Persönlichkeit zu: der Körper und seine Glieder, die Freiheit, die Ehre unterlagen der Verpfändung oder anderweitiger Verfügung. Das hat das moderne Recht beseitigt: die reinen Persönlichkeitsrechte sind unverzichtbar. Aber einzelne Persönlichkeitsrechte haben vermögensrechtliche Elemente aufgenommen. Soweit sie damit zugleich Vermögensrechte geworden sind, sind sie insoweit meist übertragbar und manche auch vererblich geworden, wobei aber ihre Dauer befristet bleibt. Das geltende Recht hat sich auf die Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte beschränkt, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ist ihm unbekannt.

§ 24. Die Arten der Persönlichkeitsrechte.

I. Die reinen Persönlichkeitsrechte. Die Person ist in ihrer körperlichen Integrität und ihrer Freiheit gegen Eingriffe Dritter geschützt. Hier anerkennt das geltende Recht besondere Persönlichkeitsrechte, denen es den erhöhten Schutz des § 823 Abs. 1 gewährt. Dagegen werden andere Auswirkungen der Persönlichkeit (Ehre, Geheimsphäre usw.) nur als geschützte Rechtsgüter aus 823 Abs. 2 oder sogar nur aus 826 geschützt.

II. Die sog. Persönlichkeitsgüter. Gewisse Persönlichkeitsrechte haben sich zu selbständigen unkörperlichen Gütern ohne Vermögenswert entwickelt. Dahin gehören besonders die Namen- und Zeichenrechte. Von ihnen sind die Zeichenrechte weitaus älteren Ursprungs. Sie gehen von der Marke aus, einer Figur, die zu dauernder Kennzeichnung eines Geschlechtes oder eines Hofes Verwendung fand (Haus- und Hofmarken). Auch die Vermögensstücke wurden mit der Hausmarke gekennzeichnet. Für die adligen Familien entstand seit dem 12. Jahrhundert ein reich entfaltetes Wappenwesen auf der Grundlage von Bildzeichen. Sodann wurde die Marke von Handwerkern und Kaufleuten an ihren Erzeugnissen und Waren als Ursprungszeichen angebracht. Die Marke war meist Bildzeichen, seltener Wortzeichen. Neben dem Recht zur Zeichenführung bestand für den Handwerker vielfach eine Zeichenpflicht. Erworben wurde das Benutzungsrecht für den Erstbenutzer. Das Bildzeichen bestand für das Geschlecht (Erbzeichen) und konnte als selbständiges liegendes Gut veräußert werden. Mit dem Rückgang von Handel und Gewerbe trat es in neuerer Zeit zurück, ging aber nicht völlig verloren. Besonders das Wappenrecht hat ohne Unterbrechung fortbestanden. In neuester Zeit ist die Marke in der Form des gewerblichen Warenzeichens zu neuer Bedeutung gelangt. Die Entstehung eines besonderen Namensrechtes als geschützten Privatrechtes gehört dagegen erst der neueren Zeit an. Der Schutz wurde am frühesten dem adeligen Familiennamen zuerkannt. Das geltende Recht gewährt das Namensrecht jedermann; es schließt das Recht zur Führung des Namens und zur Untersagung unbefugter Eingriffe dritter Personen in sich. Die Adelsbezeichnungen, früher zugleich Zeichen der Standeszugehörigkeit, sind seit der Reichsverfassung nur noch Teil des Namens; in Österreich sind sie verboten. Gegenstand eines besonderen Rechtsinstitutes ist im neueren Recht die Firma, der Name des Kaufmanns, geworden; sie kann mit dem Unternehmen vererbt oder übertragen werden.

III. Die sog. Immaterialgüterrechte. Gewisse Persönlichkeitsrechte haben, ohne diesen Charakter zu verlieren, sich zugleich zu Vermögensrechten entfaltet. Hierher gehören insbesondere die Rechte aus geistiger Schöpfung: die Urheberrechte und das Erfinderrecht. Die älteste Form ist die der Privilegierung, wobei freilich anstatt des Urhebers in älterer Zeit regelmäßig der Verleger das Privileg erhielt. Seit dem 17. Jahrhundert brach sich der Gedanke der Herleitung des Rechtes aus der geistigen Schöpfung Bahn, zuerst in der Literatur, seit dem 18. Jahrhundert auch in der europäischen Gesetzgebung. Theoretisch wurde das Recht des Schöpfers zunächst als geistiges Eigentum behandelt; erst die neueste Zeit hat den grundsätzlich persönlichkeitsrechtlichen Charakter der Urheberrechte anerkannt. Das Urheberrecht ist heute auch der Substanz nach übertragbar und vererblich; aber auch nach der Übertragung verbleiben dem Schöpfer gewisse persönlichkeitsrechtliche Befugnisse. Stärker ist für das Erfinderrecht der vermögensrechtliche Charakter betont.

Schrifttum: Michelsen: Die Hausmarke, 1853. — Homeyer: Die Haus- u. Hofmarken, 1870. — Lastig: Markenrecht und Zeichenregister, 1889. — Kohler: Das Recht des Markenschutzes, 1884. — Hauptmann: Das Wappenrecht, 1896. — L. Meyer: Die historische Entwicklung der Handelsmarken in der Schweiz, 1905. — Held: Hans. Gbl. 17 (1911), S. 481. — Stebler: Schweiz. Arch. f. Völkerkunde 11 (1907), S. 165. — Gmür: Schweizerische Bauernmarken und Holzurkunden, 1917. — v. Ulmenstein: Über Ursprung und Entstehung des Wappenwesens, 1935. — Görlitz: Die rechtliche Bedeutung des gewerblichen Bildzeichens, ZRG. G. 55, 1935, S. 216.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Erster Teil.

Sachen und Sachenrechte.

§ 25. Begriff und Arten der Sachen.

I. Begriff der Sache. Gegenstände des Sachenrechtes sind im älteren Recht nur die körperlichen Sachen. Nur sie sind daher Sachen im Rechtssinn. Zu ihnen gehören freilich auch physische Personen, die Unfreien, nicht aber die der menschlichen Herrschaft entzogenen Teile der Außenwelt (die Luft, das Meer), nicht insbesondere auch die Rechte. Doch hat schon das frühere Mittelalter begonnen, Rechte den körperlichen Sachen gleichzustellen, und zwar zunächst dauernde Gerechtigkeiten und sonstige Rechte an Sachen, die ihrer wirtschaftlichen Nutzbarkeit wegen zu selbständigen Objekten von Sachenrechten geeignet waren. So konnte man in der Rezeptionszeit die Scheidung von körperlichen und unkörperlichen Sachen aufnehmen. Den Begriff der unkörperlichen Sachen erweiterten die Kodifikationen erheblich, indem sie ihm alle Rechte, auch außerhalb der Rechte an Sachen, unterstellten (so das ALR. und ABGB.). Dagegen hat das BGB. § 90 den Begriff der Sache auf die körperlichen Sachen beschränkt (ebenso ZGB.) und die Rechte mit ihnen unter den Oberbegriff des Gegenstandes vereinigt. Nur gewissen selbständigen Gerechtigkeiten hat es den Charakter der Sache in manchen Beziehungen belassen.

Schrifttum: H. Meyer in Hoops Reall. IV, 1918, S. 58. — Gmür: Festg. f. Lotmar, 1920, S. 11. — Schreuer: Sachen im german. Recht, 1928.

II. Bewegliche und unbewegliche Sachen. Die natürliche Scheidung der Sachen in bewegliche (Fahrnis, ahd. haba) und unbewegliche (Liegenschaften) spaltete das deutsche Sachenrecht in zwei Teile: das Fahrnis- und Liegenschaftsrecht. Das geht auf die ältesten Zeiten zurück, wo Sondereigentum nur an Fahrnis, an Liegenschaften nur genossenschaftliches Gesamteigentum möglich war. Die Spaltung erhielt sich im Mittelalter infolge der sozialen und öffentlichrechtlichen Bedeutung des Grundbesitzes; die Entfaltung des Grundbuchwesens trug sie in die Neuzeit hinüber. Sie beherrscht auch das geltende Recht. Das römische Recht, das den Grundbesitz privatrechtlich mobilisiert, ist nicht durchgedrungen.

Die Zugehörigkeit der einzelnen Sachen zum Fahrnis- oder Liegenschaftsrecht entschied sich nach ihrer natürlichen Beschaffenheit. Liegenschaften waren zunächst nur die Grundstücke selbst (eigen,

erbe), nicht das übliche, seinem Wesen nach bewegliche Holzhaus (Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis), wohl aber der feste Steinbau.

Später wurden auch einzelne Gruppen beweglicher Sachen, wie Schiffe, Warenlager, Handwerkergeräte als Grundstücke behandelt, weil sie diesen an wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung für den Eigentümer glichen (Verliegenschaftung). Andererseits konnten durch Vertrag Grundstücke der freien Eigentümerverfügung des Fahrnisrechts unterstellt werden (sog. Entliegenschaftung, ameublissement). Endlich wurden auch die unkörperlichen Sachen dem Liegenschafts- und Fahrnisrecht zugeteilt. Entscheidend war die Art der körperlichen Sache, an der das Recht bestand oder mit der es verknüpft war. So wurden schon im Mittelalter, besonders aber in neuerer Zeit, Dienstbarkeiten und Reallasten, öffentlich-rechtliche Gerechtigkeiten, Realrechte als Liegenschaften, in einem Wertpapier verbriefte Rechte als Fahrnis behandelt.

Im ABGB. ist das Baurecht und im BGB. ist nur das Erbbaurecht Grundstück im Rechtssinn (1017, VO. 15. 1. 1919 § 11, vgl. ZGB. 779, 655). Die Zugehörigkeit der Sachen ist durch die natürliche Beschaffenheit bestimmt. Schiffe haben im BGB. 1259ff. eine dem Liegenschaftsrechte angeähnelte Rechtsstellung.

In England ist das Fahrnis- und Liegenschaftsrecht besonders scharf geschieden, wobei gewisse Fahrnissachen (heirlooms) zum real property, dagegen gewisse Rechte an Immobilien (chattels real) zum personal property gerechnet werden.

III. Beschränkt verkehrsfähige Sachen. Was der menschlichen Herrschaft unerreichbar ist, die freie Luft, das Meer, ist nicht Sache im Rechtssinn. Es gibt aber gewissen Zwecken gewidmete Sachen, deren Eigentümer der Zweckwidmung wegen in der Verfügung gebunden ist. Dahin gehören die sog. öffentlichen Sachen, die dem Gemeingebrauch (Straßen, öffentliche Flüsse, Kirchen) oder dem öffentlichen Dienste (Rathäuser, Stadtmauern) bestimmt sind. Eigentümer sind der Staat, die Gemeinde, die Kirche; sie können aber, solange die Zweckwidmung besteht, keine dieser widerstreitende Verfügung vornehmen. Der rezipierte Begriff der res extra commercium, der in das ALR. überging, schloß auch die res nullius ein; noch im 19. Jahrhundert wurde das Eigentum des Staates an den res publicae bestritten (Baseler Festungsstreit); heute wird es allgemein anerkannt. Die zur Bestattung verwandten Sachen, ursprünglich Eigentum des Toten, sind heute der Verfügung entzogenes Eigentum des Bestattenden.

§ 26. Einzelsachen und Sachverbindungen.

I. Die Einzelsachen. Für die Einzelsache im Rechtssinn ist es wesentlich, daß die Sachenrechte sie als einheitliches Rechtsobjekt erfassen. Sie ist regelmäßig mit der natürlichen Einzelsache identisch. Doch läßt das deutsche Recht in gewissen Fällen auch selbständige Rechte an Bestandteilen einer natürlichen Einzelsache zu und erkennt diese damit als eigene Sachindividuen an. So werden die Bodenerzeugnisse, wie Bäume und Feldfrüchte, schon vor der Trennung vom Grundstück als bewegliche Sachen behandelt. Weiter konnten Gebäude, selbst nachdem das feste Haus zum Bestandteil des Grundstücks geworden war, in anderem Eigentume stehen als

das Grundstück. So wurden in den Städten vom Stadtherrn die Grundstücke zur Erbauung von Häusern nur verliehen; dennoch wurden die Häuser Eigentum des Erbauers, nicht des Stadtherrn. Endlich wurden selbst Gebäudeteile wie selbständige Grundstücke behandelt, so gewerbliche Anlagen, wie Fleischbänke und Braupfannen, die in das Haus eingefügt waren; weiter einzelne Stockwerke, Keller, Böden, Stuben (Stockwerkseigentum). Die entgegengesetzte Anschauung des römischen Rechts (superficies solo cedit) drang nicht durch. Die deutschrechtlichen Bildungen blieben partikularrechtlich in Geltung. Das BGB. hat freilich den römischen Satz zum Grundsatz erhoben (§§ 93, 94), es läßt aber wie das ABGB. das Stockwerkseigentum landesrechtlich fortbestehen (EG. 182) und anerkennt selbständige Rechte an gewissen Sachen, die nur zu vorübergehendem Zweck oder in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden sind (Erbbaurecht), § 95. Vgl. auch ZGB. 675—677.

Schrifttum: Nowak: Das Stockwerkseigentum im Wiener Recht des Mittelalters, ZRG. G. 54, 1934, S. 89.

II. Das Zubehör. Selbständige Sachen, die ihrem wirtschaftlichen Zweck nach einer Hauptsache zu dienen bestimmt sind, werden vielfach rechtlich als Zubehör behandelt. Dann behalten sie zwar ihre rechtliche Selbständigkeit, so daß sie eines selbständigen rechtlichen Schicksals fähig bleiben, aber Verfügungen über die Hauptsache treffen auch sie. Als Hauptsachen begegnen bewegliche Sachen und besonders Grundstücke; als Zubehör im älteren (aber nicht mehr im geltenden) Recht gleichfalls Grundstücke, z. B. die von einem Herrenhof abhängigen Güter, weiter bewegliche Sachen und Rechte. Bewegliche Sachen als Zubehör von Grundstücken bilden den Hauptfall: dahin gehört bei landwirtschaftlichen Grundstücken das lebende und tote Inventar (mansus vestitus), bei Gebäuden alles, was ihrem wirtschaftlichen Zwecke dient, sei es mit oder ohne feste Verbindung (z. B. Fenster, Löschgeräte); ebenso das ZGB., dagegen behandelt das BGB. die in ein Gebäude fest eingefügten Sachen als Bestandteile, § 94.

Rechte als Zubehör von Grundstücken sind die Realrechte, deren Subjekt der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks ist. Sie kommen im Mittelalter sehr häufig vor, teils als Privatrechte, wie Mitgliedschaftsrechte, Jagd- und Fischereirechte, Reallasten, Dienstbarkeiten, teils als öffentliche Rechte. Die neuere Zeit kennt nur noch private Realrechte; das BGB. rechnet sie zu den Bestandteilen, § 96.

Schrifttum: Stutz: Gierkefestschr., 1911, S. 1187. — Eckhardt: ZHR. 89 (1927), S. 1.

III. Sachinbegriffe sind Verbindungen selbständiger Hauptsachen zu einer nur rechtlichen Gesamtsache. Hier erscheint keine der verbundenen Sachen als Zubehör oder Bestandteil der anderen. Dem Mittelalter waren Sachinbegriffe geläufig, besonders in der Form der Sondervermögen, wie Heergewäte und Gerade, Lehns- und Allodialvermögen, Schiffsvermögen, Eigenkirchenvermögen; auch das Gesamtvermögen einer Person entfaltete im Mittelalter eine

selbständige Existenz und war einheitlicher Verfügung fähig. Die gemeinrechtliche Wissenschaft übernahm diesen Vermögensbegriff, obwohl er dem römischen Recht fremd war, und gestaltete ihn aus als den der universitas rerum, die entweder universitas facti (Inbegriff von Sachkörpern) oder universitas juris (Vermögensbegriff) sein konnte. Nach geltendem Recht können Nießbrauch und Pfandrecht nur an den einzelnen zu einem Sachinbegriff gehörenden Sachen bestellt werden; Besitz und Eigentum besteht nur an der einzelnen Sache; nur das schuldrechtliche Geschäft kann den Sachinbegriff unmittelbar erfassen. Ebenso liegt es beim Vermögen, das die Gesamtheit der Vermögensrechte eines Rechtssubjektes zusammenfaßt, wie auch beim Sondervermögen, das einen Teil der Vermögensrechte eines Rechtssubjekts vom Gesamtvermögen sondert (z. B. Erbschaft, Vorbehaltsgut, Schiffsvermögen). Die Einheit des Vermögens zeigt sich besonders in der Schuldenhaftung, aber ein Recht am Vermögen ist nicht anerkannt. Endlich besteht auch kein Recht am Unternehmen, das sich als organisierte Zusammenfassung von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen darstellt. Besonders im Handelsrecht ist das Unternehmen zu einer rechtlichen Einheit entwickelt worden (Firma). Im Gegensatz zum Sondervermögen wird für die schuldrechtliche Haftung das Privatvermögen nicht von dem Unternehmensvermögen unterschieden.

Schrifttum: Kuntze: Die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum, 1888. — Kohler: Jherings Jahrb. 26 (1888), S. 1. — Schröder: Über eigentümliche Formen des Miteigentums, 1896. — M. Wolff: Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau, 1900. — H. Meyer: Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks, Dahnfestschrift, 1905, III, S. 269. — Stutz: Gierkefestschrift, 1911, S. 1187. — Fritz Schulz in der Bonner Festgabe für Zitelmann 1923, S. 81. — Eckhardt: ZHR. 89 (1927), S. 1. — Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtl., vergleichender u. rechtspolitischer Betrachtung, 1927. — H. Meyer: ZRG. G. 48 (1928), S. 540.

§ 27. Begriff und Arten der Rechte an Sachen.

I. Begriff. Die Sachenrechte (die dinglichen Rechte) gewähren dem Berechtigten eine Rechtsmacht unmittelbar an der Sache selbst. Diese Rechtsmacht ist positiv: der Berechtigte kann auf die Sache einwirken; sie ist negativ: er kann die Einwirkung Dritter auf die Sache verbieten. Sie ist absolut, denn sie wirkt gegenüber jedermann. Die persönlichen Rechte bilden also den vollen Gegensatz, denn sie sind unmittelbar nur gegenüber einer bestimmten Person wirksam. Schon das Mittelalter hat diese Scheidung von persönlichen und Sachenrechten vollzogen. Maßgebend war der Begriff der Gewere (s. u. §§ 45 f., 53), d. h. der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache: alle Rechte, die eine solche Herrschaft gewährten, wurden als Sachenrechte von den übrigen Rechten unterschieden. Das auf eine Gewere gestützte Recht war gegenüber jedermann wirksam. Im Mittelalter waren also Sachenrecht und Gewere notwendig miteinander verknüpft. Die neuere Entwicklung hat beide geschieden: Sachenrechte können auch ohne Besitz bestehen (Hypothek), Besitz auch ohne Sachenrecht (Miete).

Auch an unkörperlichen Sachen ließ das Mittelalter eine Gewere, daher Sachenrechte zu, die Rechte an Rechten.

II. Arten. Die im Sachenrecht enthaltene Rechtsmacht kann Nutzung oder Verfügung sein. Die Sachenrechte sind daher entweder Nutzungsrechte oder Verfügungsrechte oder beides zugleich. Im älteren Recht trat die Nutzung beherrschend in den Vordergrund. Selbst dasjenige Recht, das die weitestgehende Beherrschung einer Sache gewährleistete, das Eigentum, gab nur eine sehr beschränkte Verfügungsmacht. Im übrigen löste sich das Eigentum als das auf der Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person beruhende Recht schon früh aus dem Kreis anderer Sachenrechte los. Diese waren inhaltlich beschränkte Rechte, Nutzungs- oder Verfügungsrechte. Dazu traten noch die Erwerbsrechte, die eine Anwartschaft auf Eigentumserwerb verliehen (die Näherrechte). Die Nutzungsrechte gewährten entweder eine unbeschränkte Nutzung, so daß die Stellung des Berechtigten der des Eigentümers glich (die Leiherechte), oder nur eine beschränkte mit gezählten Befugnissen (Dienstbarkeiten, Reallasten); diese kamen vornehmlich für Grundstücke in Betracht. Zu Verfügungsrechten entwickelten sich im Verlaufe des Mittelalters die Pfandrechte. Endlich hat das Mittelalter noch eine besondere Kategorie eigentumsähnlicher Rechte entfaltet, indem gewisse, im Eigentum enthaltene Grundstücksnutzungen dem Eigentümer entzogen wurden, um den Gegenstand selbständiger Gerechtigkeiten zu bilden.

Schrifttum: Goldschmidt: Eigentum und Eigentumsteilrechte, 1920 (Heymanns Arb. 31).

III. Zeitweise wurde ein sog. ius ad rem anerkannt. Zuerst sprachen die italienischen Feudisten es dem zu, der die Lehninvestitur, aber noch nicht den tatsächlichen Besitz des Lehns erhalten hatte. Sie verkannten, daß bereits die Investitur die Gewere, damit das dingliche Recht, begründete. Es war römischer Einfluß, wenn sie das dingliche Recht erst durch Tradition entstehen ließen. Das ius ad rem war also das relativ dingliche Recht des Vasallen gegen den Herrn auf Besitzeinweisung. Eine ähnliche Rechtsstellung wiesen die Kanonisten dem noch nicht eingewiesenen Bepfründeten zu. Neuere Rechte, besonders das ALR., erhoben diesen Satz zu einem allgemeinen Prinzip. Das auf obligatorischem Vertrag beruhende Recht auf Einräumung einer Sache soll gegenüber dem Vertragsgegner, aber auch, freilich beschränkt, gegenüber jedem Dritten durchsetzbar sein. Das geltende Recht hat das ius ad rem beseitigt. Für Grundstücke bringt die Vormerkung Ersatz.

Schrifttum: Heymann: Zur Geschichte des ius ad rem, Gierke-festschrift 1911, S. 1167.

Zweiter Teil.

Liegenschaftsrecht.

I. Abschnitt.

Arten und Inhalt des Liegenschaftsrechtes.

Erstes Kapitel.

Das Grundeigentum.

I. Begriff und Arten.

§ 28. Begriff.

I. Das ältere Grundeigentum. Das Eigentum (germ. eïgan, lat. dominium, proprietas) ist das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, das eine Rechtsordnung verleiht. Seinem Inhalt und seiner Wirkungskraft nach hat es in der Geschichte geschwankt. Das Liegenschaftseigentum der germanischen Frühzeit ist inhaltlich weitgehend beschränkt. Vorgeschichtliche Zeit mag nur kollektives Eigentum sozialer Gruppen gekannt haben; in geschichtlicher Zeit noch weist selbst das am weitesten fortgeschrittene Individualeigentum, nämlich das an Haus und Hof, starke soziale Bindungen auf. Entscheidend sind vor allem die Verfügungsbeschränkungen, die sich für den Eigentümer aus den Rechten seiner Gesippen und Markgenossen ergeben. So bildet den Hauptinhalt des Eigentums das Recht zu voller Nutzung der Sache. Im Mittelalter fügte es sich damit einer ganzen Kategorie von Rechten ein, die gleich ihm die volle Nutzung gewährten. Dazu gehören z. B. das neuaufkommende Nutzungspfand und die Grundstücksleihe, die früher nur im Hof- und Lehnsrechte, nunmehr auch landrechtlich anerkannt als dem Eigentum gleichinhaltliche Liegenschaftsrechte erscheinen mochten.

Waren Grundeigentum und Nutzungsrecht nur Auswirkungen eines einheitlichen Herrschaftsrechtes am Grundstück, so sprach man auch dem Nutzungsberechtigten das Eigentum zu (geteiltes Eigentum). Der Lehns- und Leihemann, der dauernd auf seinem Gute saß, war offenbar mit seinem Grundstück nicht weniger verwachsen als der Herr. Auch der Mann hatte daher Eigentum, wenn auch in Unterordnung unter das des Herrn. In mißbräuchlicher Anlehnung an die rei vindicatio utilis des Emphyteuta nannten die Glossatoren das Recht des Mannes ein dominium utile, das des Herrn ein dominium directum.

Wie das ältere Kollektiveigentum, so trägt auch das mittelalterliche Individualeigen ein öffentlich-rechtliches Element in sich. Denn einmal war die ganze rechtliche Stellung des einzelnen von seinem Grundeigentum bestimmt, und sodann wurde auch das Recht des Königs am Staatsgebiete, des Grundherrn an seiner Grundherrschaft, des Landesherrn am Lande vom privatrechtlichen Grundeigentum nicht unterschieden. Gebietshoheit und Grundeigentum schienen dem Mittelalter identische Begriffe.

II. Die neuere Entwicklung. Das Recht der spätmittelalterlichen Städte hat Grundherrschaft und Privateigentum an Liegenschaften

geschieden. Weiter kam es hier zur Entwicklung einer besonderen Art von Liegenschaftseigentum, das eine unbegrenzte Verfügungsmacht über die Sache gewährte (Kaufgut). Damit war die Rezeption des römischen Rechtes vorbereitet, das scharf zwischen dem Eigentum als der begrifflich unbeschränkten Rechtsgewalt über eine Sache und den jura in re aliena, den grundsätzlich nur beschränkte Befugnisse gewährenden Rechten, unterschied und das Eigentum als reines Privatrecht in ausgesprochenen Gegensatz zu jeder Art öffentlich-rechtlicher Herrschaft stellte. Zu voller Auswirkung sind freilich diese Ideen erst unter dem Einfluß des Naturrechtes und der französischen Revolution gelangt. Danach ist Eigentum absolute schrankenlose Macht (ALR.). Das führte zu einer maßlosen Überschätzung der Rechte des Eigentümers und damit zur Vernichtung der dinglichen Rechte insbesondere der ländlichen Bevölkerung.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch geht von diesem abstrakten Eigentumsbegriff aus, der einer individualistisch-differenzierten Kulturepoche entspricht. Doch ist die grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft des Eigentümers durch zahlreiche Schranken der Rechtsordnung eingeengt (ZGB. 641). Von ihnen hat das BGB. selbst nur das Nachbarrecht geregelt (vgl. aber §§ 903, 905); andere Beschränkungen sind landesrechtlich in Kraft geblieben oder durch Reichsgesetz neu eingeführt worden. Die alte Scheidung von Ober- und Untereigentum, schon im C. C. beseitigt, lebt heute nur noch in wenigen landesrechtlichen Resten fort.

Das englische Recht hat in germanischer Weise am Begriffe eines einheitlichen dinglichen Herrschaftsrechtes an Grundstücken (estate in land) festgehalten. Es kennt neben dem estate in fee simple als unbeschränktem Eigentum auch beschränktere Rechte (estate in tail, for life); letztere werden aber seit 1926 nicht mehr als legal interests, sondern als equitable interests behandelt.

Schrifttum: Puntschart: ZRG. G. 43 (1922), S. 66. — V. Ernst: Entstehung des deutschen Grundeigentums, 1926. — Horváth: Eigentumsrecht nach dem hl. Thomas v. Aquino, 1929. — Wagner: Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus (Gierkes Unters. 149), 1938.

§ 29. Gesamteigentum.

I. Die ältere Zeit. Gemeinschaftliches Eigentum mehrerer Personen an demselben Grundstück begegnet uns in ältester Zeit in der Form des Gesamteigentums. Es ist zunächst genossenschaftliches Gesamteigentum. Die Befugnisse des Eigentümers sind zwischen der Gesamtheit der Genossen und den Genossen als einzelnen geteilt. Die Gesamtheit der Genossen hat das Verfügungsrecht über die Allmende; die einzelnen Genossen haben die Nutzung. Das Eigentum an der Allmende erscheint damit als Vereinigung der den Genossen als einzelnen und der den Genossen in ihrer Gesamtheit zustehenden Befugnisse. Das körperschaftliche Gesamteigentum entspricht ihr begrifflich vollkommen. Dagegen ist von ihm zu scheiden das Gesamteigentum, wie es für die Gemeinderschaften zu gesamter Hand erwuchs. Hier ist verfügungsberechtigt nur die Gesamthand der Gemeinder, deren jeder zwar einen Anteil am Gesamt-

handsvermögen hat, über den er aber während des Bestehens der Gesamthand nicht verfügen kann. Erst bei der Auflösung tritt das Anteilsrecht in die Erscheinung. Stirbt der Gemeinder, so treten seine Kinder an seiner Stelle in die Gemeinschaft ein; stirbt er kinderlos, so wächst sein Anteil den übrigen Gemeindern an. Aus dieser Form erwuchs endlich ein quotenmäßiges Miteigentum dadurch, daß der Miteigentümer befugt wurde, über seinen Anteil am Grundstücke zu verfügen. Zur Verfügung über die ganze Sache aber blieb nur die Gesamtheit der Miteigentümer berechtigt.

II. Die neuere Entwicklung. Das römische Recht kannte neben dem Alleineigentum der juristischen Person nur ein quotenmäßiges Miteigentum (condominium pro partibus indivisis). Daneben suchte man die deutschrechtlichen Gesamteigentumsformen begrifflich zu erfassen. Man beging dabei von vornherein den Fehler, daß man alle Formen des deutschrechtlichen gemeinschaftlichen Eigentums auf einen Nenner bringen zu können glaubte. So waren die Konstruktionen des condominium plurium in solidum, des Eigentums einer persona moralis zum Scheitern verurteilt. Erst die theoretische Gedankenarbeit des 19. Jahrhunderts hat den alten Begriff des Gesamthandseigentums wieder in voller Schärfe herausgestellt und ihn in der ehelichen Gütergemeinschaft, der Erbengemeinschaft und der Personalgesellschaft im einzelnen durchgeführt. Landesrechtlich ist Gesamthandseigentum für adelige Ganerbschaften und bäuerliche Gemeinderschaften aufrechterhalten (EG. 181 Abs. 2).

Schrifttum: Oppikofer: Eigentumsgemeinschaften im mittelalterl. Recht, 1924.

II. Eigentumsschranken und beschränktes Eigentum.

§ 30. Nachbarrecht.

I. Das ältere Recht. Beschränkungen des Eigentums ergaben sich für das Ackerland der Markgenossen aus der Gemengelage. Der Markgenosse konnte sein Los nur nach dem Plan des Märkerdings bewirtschaften (Flurzwang). Er mußte dulden, daß sein Nachbar auf seinem Acker den Pflug wendete (Pflugwende-, Kehrrecht) oder dort einen Weg benutzte, der ihn zum öffentlichen Wege führte, soweit er dessen bedurfte (Notwegerecht). Aber schon dieses Notwegerecht ist dann auch außerhalb des markgenossenschaftlichen Zusammenhangs zur Anwendung gekommen, und im Mittelalter haben die bäuerlichen und städtischen Nachbarverhältnisse zahlreiche neue nachbarrechtliche Sätze hervorgebracht.

1. Sie betrafen zunächst die gemeinsame Grenze: Bäume und Sträucher sollten nicht auf die Grenzen gesetzt werden. Jeder Nachbar war dem andern verpflichtet, zur Abmarkung bei bekannter oder zur Scheidung bei unbekannter Grenze mitzuwirken.

2. Andere Sätze regelten den Fall des Übergreifens eines Nachbargrundstückes auf das andere. Überhängende Zweige oder übergreifende Wurzeln blieben zwar Eigentum des Gewächseigentümers, aber der Eigentümer des Nachbargrundstücks konnte sie abschneiden und sich aneignen,

wenn sie ihn beeinträchtigten (Überhangsrecht). Er konnte weiter Früchte, die von überhängenden Zweigen auf sein Grundstück fielen, sich aneignen (Überfallsrecht: Was in des Nachbars Hof fällt, ist sein); im gemeinen Sachsenrecht durfte er sogar herüberhängende Früchte abpflücken (so auch ALR.). Es galt also der Satz: Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten. Dagegen beherrschte den Fall des Grenzüberbaues der Gedanke der Verschweigung. Niemand mußte das Übergreifen eines Baues auf sein Grundstück dulden. Hatte er es aber ohne Widerspruch geschehen lassen, so konnte er nicht nachträglich Beseitigung verlangen. Der übergreifende Bauwerksteil verblieb Eigentum des Überbauenden, der überbaute Grundstücksteil Eigentum des Nachbars. Doch gewährte das ALR. dem gutgläubig Überbauenden einen Anspruch auf Eigentumserwerb an dem überbauten Grundstücksteil gegen Wertersatz. Hierher gehört auch das Recht des Notwegs, das im späteren Mittelalter ohne Rücksicht auf markgenossenschaftliche Zusammenhänge gewährt wurde, oder das Hammerschlags- oder Leiterrecht, d. h. das Recht des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten und dort Leitern oder Gerüste aufzustellen.

3. Eine letzte Gruppe von Sätzen regelte die Einwirkungen der Nachbargrundstücke aufeinander. Lästige oder gefährliche Anlagen wie Abtritte oder Düngergruben durften nicht unmittelbar an der Grenze errichtet werden. Mittelalterliche Stadtrechte kennen das Verbot unleidlicher Gewerbe gegen Einspruch des Nachbarn. Auch durfte am Hause unmittelbar über dem Hof des Nachbarn kein Fenster angebracht werden, aus dem man hätte etwas werfen oder gießen können (Fensterrecht). Weiter durfte man den Fenstern des Nachbarn nicht das Licht verbauen (Lichtrecht). Die Dachtraufe durfte nicht in das Nachbargrundstück abgeleitet werden (Traufrecht) usw.

II. Die neuere Entwicklung. Die nachbarrechtlichen Beschränkungen sind von der Rezeption kaum betroffen worden, obwohl sie dem römischen Rechte teils unbekannt, teils in anderem Sinne geregelt waren. Die neuere Theorie hat sie vielfach als Legalservituten aufgefaßt, da sie den Grunddienstbarkeiten (oder Reallasten) äußerlich entsprachen. Heute werden sie aber wieder, der deutschrechtlichen Auffassung entsprechend, als bloße Beschränkung des Eigentumsinhalts angesehen.

Das geltende Recht hat das Nachbarrecht teils reichsrechtlich, teils landesrechtlich erhalten. Doch tritt beim Überfall unmittelbarer Eigentumserwerb, nicht bloßes Aneignungsrecht ein. Für Überbau und Notweg wird dem duldungspflichtigen Nachbarn als Entschädigung eine Rente gewährt, die als Inhalt des Grundeigentums am überbauten und überbauenden Grundstück ausgestaltet worden ist. Auch hat der überbaute Nachbar einen Anspruch auf Abkauf des überbauten Grundstückteils. Die Zulässigkeit der Einwirkungen von Nachbargrundstücken aufeinander hat eine zusammenfassende Regelung gefunden (Immissionen, BGB. 906 bis 907).

Schrifttum: A. B. Schmidt: Das Recht des Überhangs u. Überfalls, 1886. — M. Wolff: Der Bau auf fremdem Boden, insbes. der Grenzüberbau, 1900. — R. Kahn: Das Fensterrecht, 1913. — Buch: Der Notweg, 1919. — Götz: Das Anwenderecht (Heymanns Arb. 41), 1925.

§ 31. Beispruchsrecht und Wartrecht.

I. Das Beispruchsrecht ist aus dem alten Sippeneigentum an Grund

und Boden hervorgegangen. Jede Veräußerung eines Grundstückes, die ohne Zustimmung der nächsten Erben (erbenlaub) erfolgte, war diesen gegenüber unwirksam. Sie konnten binnen Jahr und Tag das Gut ohne Gegenleistung von jedem Dritten herausverlangen: mit der Veräußerung war das Eigentum des Veräußerers weggefallen, hatte sich das dingliche Anwartschaftsrecht der Erben in Eigentum verwandelt. Das Beispruchsrecht hat sich nur im sächsischen und thüringischen Recht erhalten. Hier war der Fahrniseigentümer zu freier Verfügung berechtigt.

II. Das Wartrecht entstammt der Hausgemeinschaft. Es konnte erst entstehen, seitdem die Hausgemeinschaft mit ihrem Vermögen völlig aus dem Sippeneigentum ausgeschieden war. In der Hausgemeinschaft war das gesamte Vermögen gebunden. Dem Hausherrn war die Verfügung über das Vermögen nicht völlig entzogen. Seine Verfügung war den Erben gegenüber soweit unwirksam, als sie die Wartrechte der Erben beeinträchtigte. Der Gebundenheit des Eigentums entsprach also ein dinglich wirkendes Wartrecht der Erben auf den Erbschaftserwerb. Unter dem Einfluß der Kirche wurde früh dem Erblasser ein Kopfteil oder ein Bruchteil des Vermögens zur freien Verfügung als Seelgeräte zugestanden (Freiteil), in älterer Zeit freilich erst nach Teilung mit den Erben (s. u. § 98 II).

III. Noch das Mittelalter hat das Wart- und Beispruchsrecht allmählich verdrängt. Schon in karolingischer Zeit waren Grundstücksveräußerungen in echter Not auch ohne Erbenlaub wirksam. Aber erst in den Städten wurde der Verkehrswert des Grundstücks entscheidend und damit die Verfügungsfreiheit des einzelnen als schutzwürdiger erkannt als die Erhaltung des Familienguts. Daher ließ man selbst erworbenes Gut (Kaufgut) vom Beispruchsrecht frei. Das Wartrecht an Erbgut wandelte sich in ein bloßes Näherrecht um (unten § 44, I). Dies wurde landrechtlich die Regel (Erblosung). Nur für Stammgüter und Familienfideikommisse ging das Wartrecht in seiner alten Form in die neuere Zeit über.

Schrifttum: Fipper: Das Beispruchsrecht nach alt. sächs. Recht, 1879. — Adler: Über das Erbenwartrecht, nach den ältesten bayr. Rechtsquellen, 1891. — Brunner: Beitr. z. Gesch. d. german. Wartrechts, 1900. — v. Freytag-Loringhoven: ZRG. G. 28 (1907), S. 69. — van Kuyk: Tijdschr. f. RG. 1 (1918/19), S. 41. — Alfred Schultze: Augustin u. d. Seelteil des german. Erbrechts, 1928. — Werner: Ehemaliges Kölner Erbenwartrecht, 1936. — Pfeiffer: Erbgut und Pflichtteil im schwedischen Recht, 1937. — Agena: Beispruch und Anerbenrecht in Ostfriesland, 1938.

§ 32. Stammgüter und Familienfideikommisse.

I. Die Stammgüter. Besonders stark war von vornherein der Gedanke familienrechtlicher Gebundenheit für das der adeligen Sippe zugewiesene Gut. Neue Nahrung erhielt er durch den Hinzutritt des fränkischen Amtsadels, dessen Amtsgut (testamentum regis, hantgemal) nur auf die männlichen Nachkommen des Erwerbers vererblich und unteilbar war und jederzeit vom König heimgefordert werden konnte: von freiem Verfügungsrecht des Eigentümers war nicht die Rede. So blieb es, auch als die Rechte des Königs zurücktraten: jetzt wurden auch für die alten Amtsgüter die Rechte der Agnaten herrschend. Das Interesse des Adels an der Geschlossenheit des Familienbesitzes hat dann im Mittelalter zum weiten Ausbau des Stammgutrechtes geführt. Einmal dehnte man es

vertragsmäßig auf nichtgebundene Güter aus, sodann führte besonders der hohe Adel kraft seiner Autonomie unter Beseitigung der Ganerbschaft das Erstgeburtsrecht durch: damit ging das gesamte Stammgut ungeteilt auf den nächsten Agnaten über, der aber bei Verfügungen über das Gut an die Zustimmung der Agnaten gebunden blieb. Verfügungen ohne Erbenlaub waren relativ unwirksam; das veräußerte Gut konnten die Erben von jedem Dritten als ihr Eigentum herausverlangen.

Die Stammgüter haben sich beim hohen Adel und der Reichsritterschaft, vereinzelt auch darüber hinaus, bis in die neueste Zeit erhalten, EG. zum BGB. Art. 59. Eigentümer ist der jeweilige Besitzer, nicht das adelige Haus als Korporation, aber das Eigentum ist durch die Wartrechte der Agnaten gebunden. Die Stammgüter sind jetzt aufzulösen, vgl. unten II, 2.

Schrifttum: Zimmerle: Das deutsche Stammgütersystem, 1857.

II. Die Familienfideikommisse.

1. Das Familienfideikommiß ist im Mittelalter vom niederen Adel in Nachahmung des hochadeligen Stammgutsrechts geschaffen worden, um das Gut in der adeligen Familie zu erhalten. Seit dem 14. Jahrhundert wurden rechtsgeschäftliche Verfügungen, meist in Vertragsform (Burgfrieden), häufig, durch welche Veräußerung und Teilung des Familienguts verboten und unter Ausschluß des Weiberstammes die Vererbung an gleichnahe Erben des Mannesstammes angeordnet wurde. Seit dem 16. Jahrhundert erwarben reiche Kaufleute große Landgüter und legten sie als Fideikommißherrschaften fest. Ebenso verfuhr der Adel bei Neuerwerbungen, besonders der niedere Adel, der im und nach dem 30jährigen Kriege reich geworden war. Wenn schon früh Einzelerbfolge vorkam, so wurde das im 17. Jahrhundert die Regel. Nach dem Vorbild des spanischen Majorates wurde die Anordnung der Primogeniturfolge üblich. Das gemeine Recht folgte nun der italienischen und spanischen Doktrin. Es ging dabei vom Begriff des römischen fideicommissum, quod familiae relinquitur aus, doch ließ man entgegen dem römischen Rechte das Fideikommiß über die vierte Generation hinaus wirksam sein. Auch nahm man unter anderem aus dem Lehnrecht den Gedanken der successio ex pacto et providentia majorum auf. Die Kodifikationen des 18. Jahrhunderts schlossen sich dem an unter stärkerer Ausschaltung romanischer Rechtsgedanken.

2. Seit dem 18. Jahrhundert ist das Familienfideikommiß bekämpft worden, vor allem wegen der gesicherten Vorrangstellung, die es dem Adel verlieh. Josef II. erleichterte die Allodisierung. 1792 wurde es für Frankreich endgültig verboten. Das ABGB. verlangte für Neuerrichtung die Einwilligung des Landesherrn. 1848 forderten die Grundrechte die Abschaffung für Deutschland, und die preußische Verfassung von 1850 folgte dem, aber schon 1852 führte man das Fideikommiß wieder ein. So blieb es, vom BGB. für das Landesrecht vorbehalten (EG. Art. 59), in den meisten Staaten bis zur Gegenwart in Geltung. Die letzte umfangreiche Kodifikation brachte ein sächsisches Gesetz vom 7. 7. 1900, während die für Preußen angestrebte Neuregelung scheiterte. Der Widerstand gegen das Familienfideikommiß war nun vertieft: es erschien als Hemmnis gesunder sozialer Bodenpolitik, der Hebung der landwirtschaftlichen Produktion. Daher hat schon das schweizerische ZGB. Art. 335 die Neuerrichtung von Fideikommissen verboten, und die Weimarer Verfassung von 1919 hat den Ländern die Auflösung der Fideikommisse anbefohlen (Art. 155). Wie die meisten andern Länder hat auch Preußen die Auflösung durchgeführt, insbesondere durch das Gesetz vom 23. 6. 1920 (Adelsgesetz), die Verordnung über Familiengüter vom 30. 12. 1920 und die Zwangsauflösungsverordnung vom 19. 11. 1920 (beide Verordnungen sind durch das Gesetz vom 22. 4. 1930 wesentlich verändert worden). Im übrigen erfolgte die Auflösung freiwillig durch Familienbeschluß, nur im Falle der Ablehnung oder Versäumung kam es zur Zwangsauflösung. Der

Erhaltung der Wälder dienen besondere Vorschriften zur Bildung von Waldgütern. In Österreich wurden die Fideikommisse 1938 aufgehoben.

3. Die wichtigsten Sätze des bisherigen Fideikommißrechtes sind folgende: Errichtet wurde es durch Vertrag oder einseitige Willenserklärung unter Lebenden oder von Todes wegen. Eintragung in das Grundbuch war zur Wirksamkeit gegen Dritte nötig. Meist bedurfte die Errichtung landesherrlicher Genehmigung. Nur in Bayern war das Fideikommißrecht noch auf den Adel beschränkt. Fideikommißgegenstand konnte jedes dauernd fruchttragende Vermögensstück sein; doch bestanden landesrechtliche Abweichungen.

Das Fideikommißgut stand im Eigentum des jeweiligen Besitzers, das beschränkt war durch Rechte der Anwärter. Untereigentum des Besitzers und Obereigentum der Familie bestand nach ALR. und ABGB., zwischen dem Besitzer und den Anwärtern geteiltes Gesamteigentum in Bayern.

Veräußerung des Guts durch den Besitzer war den nichtzustimmenden Anwärtern gegenüber unwirksam. Der nächste Anwärter war zur Erhebung der Klage gegen den Erwerber berechtigt (Revokationsklage). Weiter konnte der Fideikommißbesitzer das Gut nicht belasten. Eine Ausnahme bestand für sog. Fideikommißschulden, für die der jeweilige Fideikommißbesitzer aufzukommen hatte. Auch sie waren freilich meist nur Fruchtschulden, so daß der Besitzer den Gläubigern nur eine Revenuenhypothek einräumen konnte.

Zur Fideikommißfolge fähig waren alle ehelichen und leiblichen männlichen Nachkommen des ersten Erwerbers vom Mannesstamm. Doch konnte der Stifter diesen Kreis erweitern oder verengern. Regelmäßig galt Primogeniturfolge. Dabei wurde jeder Nachfolgende als unmittelbarer Nachfolger des Stifters angesehen. Sein Recht war von dem seines Vorbesitzers also unabhängig.

Das Fideikommiß wurde beendigt durch Untergang des Gegenstandes und durch Aussterben der berufenen Familie. Hier wurde das Fideikommißgut zum freien Eigentum der Erben des letzten Fideikommißbesitzers, wenn nicht der Stifter eine besondere Folgeordnung bestimmt hatte. Daneben kannte schon das preußische Recht eine Aufhebung durch Familienbeschluß, die von der Auflösungsgesetzgebung beibehalten und ausgebaut worden ist. Nur wenn diese unterbleibt, soll die Zwangsauflösung durchgeführt werden.

4. In England beherrscht die gentry einen großen Teil des Landes in Form von Familienstiftungen (settlements). Die Anfänge liegen beim Stammgut (fee tail, entail): es war nur auf die Nachkommen des Erwerbers vererblich mit Heimfallsrecht des Verleihers; aber nach der Geburt eines Leiberben konnte der Vasall das Gut in freies Eigentum umwandeln (fee simple). Dieses Umwandlungsrecht wurde 1285 verboten und damit das fee tail zur Normalform des adligen Besitzes. Das widersprach den Interessen des Königtums, und so anerkannte 1472 das Reichsgericht das Umwandlungsrecht, das 1833 gesetzlich geregelt worden ist. Zum Ersatz schuf man im 17. Jahrhundert die Form der settlements, die 1925 eine eingehende Regelung erfahren haben. Die Stiftung ist zeitlich beschränkt, mit dem Endtermin wird das Gut ungebundenes Eigentum. Daher wird die ursprüngliche Stiftung bei Erreichung der Volljährigkeit des ältesten Sohnes durch eine neue Stiftung ersetzt; der Vater wird Nutznießer auf Lebenszeit, der Sohn erhält den legal estate, er verzichtet auf ein künftiges Verfügungsrecht und verpflichtet sich, in Zukunft die bisherige Stiftung durch eine neue zu ersetzen.

Schrifttum: Rosin: Jherings Jahrb. 32 (1893) S. 325. — K. Beyerle: Das. 58 (1911), S. 1. — Herb. Meyer: Die Anfänge des Familienfideikommisses in Deutschland, Festschrift für Sohm, 1914, S. 225 ff.; Eine süddeutsche Stammgutsstiftung, Festschrift für Hedemann, 1938, S. 65. — Frommhold: Die Familienstiftung, Arch. ziv. Prax. 117 (1918), S. 87.

Zweites Kapitel.

Eigentumsähnliche Rechte.

§ 33. Die Regalien im allgemeinen.

Eigentumsähnliche Rechte sind gewisse im Eigentum ursprünglich enthaltene Grundstücksnutzungen, die von der Rechtsordnung dem Eigentümer entzogen und zu selbständigen Gerechtigkeiten entfaltet worden sind. Die Verselbständigung erfolgte im Mittelalter aus dem Gesichtspunkt der Regalität; die eigentumsähnlichen Rechte gehören zu den sog. Regalien.

Unter jura regalia verstand man seit dem 12. Jahrhundert Gerechtsame aller Art, die dem Könige zustanden oder von ihm herstammten. Ihre Gegenstände waren vor allem Heerstraße und Forst, Strom und Strand, Bergwerk und Saline, Zoll und Münze, Markt und Burg, Gericht und Heerbann. Diesen Rechten gemeinsam war ihre wirtschaftliche Nutzbarkeit. Sie gingen, als das Königtum seit der Stauferzeit seine letzten Einkunftsquellen ausbeuten mußte, auf die Landesherren über; einige von ihnen, wie das Münzrecht, hatten schon die Stammesherzöge besessen. Die Goldene Bulle 1356 erkannte den Kurfürsten die vollen Regalitätsrechte zu. Den ältesten Regalienkatalog enthalten die ronkalischen Konstitutionen Friedrichs I. 1158 für Italien; er wurde mit den libri feudorum rezipiert und zur Grundlage einer Regalientheorie. Diese schied die eigentlichen Staatshoheitsrechte (regalia majora) von den nutzbaren und übertragbaren Finanzrechten (regalia minora), so noch ALR., während das ABGB. nur Hoheitsrechte Regalien nennt. Das neueste Recht beschränkt den Regalbegriff unter Ausschaltung der Staatshoheitsrechte auf die dem Staate zustehenden nutzbaren Rechte privatrechtlichen Inhalts. Das BGB. kennt nur das Recht des Fiskus auf herrenlose Grundstücke, im übrigen sind die Landesrechte maßgebend (EG. 73). Die wichtigsten landesherrlichen Regalien sind die sog. grundherrschaftlichen, unter ihnen diejenigen, die Wasser, Wald und Berg betreffen. Dabei ist die Regalität vielfach zu einem allgemeinen Staatshoheitsrecht abgeschwächt.

Schrifttum: Troe: Münze, Zoll und Markt und ihre finanzielle Bedeutung für das Reich, 1937. — Thieme: Die Funktion der Regalien, ZRG. G. 62, 1942.

§ 34. Das Wasser- und Fischereirecht.

I. Das Wasserrecht.

1. Das deutsche Recht geht von der Einheit von Flußbett und darüber fließendem Wasser aus. Es kommt weder ein Sondereigentum am Flußbett noch ein solches an der fließenden Welle in Frage. Der Fluß als Ganzes, als tatsächliche und wirtschaftliche Einheit wird auch einem einheitlichen Rechte unterworfen. Nach ihrer verschiedenen wirtschaftlichen Bestimmung schied man zwei Arten von Gewässern:

a) Einmal die öffentlichen Flüsse, d. h. die schiffbaren, dem Verkehr von Land zu Land dienenden. Sie standen ursprünglich im Gesamteigentum und in der Gesamtnutzung des Volkes. In fränkischer Zeit waren sie des Königs Straßen, Königsflüsse. Wie der Fluß selbst ging auch eine entstehende Insel in das Eigentum des Reiches über. Die Nutzung verblieb frei. Aber die Könige versuchten, ihr Flußeigentum nutzbar zu machen, indem sie die Nutzung gegen Entgelt anderen verliehen, wie z. B. Schiffahrt, Fähren, Anlage von

Mühlen, Brücken usw. Dieses königliche Stromregal ging seit dem 14. Jahrhundert auf die Landesherrn über.

b) Dagegen standen die kleineren Gewässer, die nur für die Bedürfnisse der nächsten Anwohner von Bedeutung waren, regelmäßig als Teil der Markallmende im Eigentum von Markgenossenschaften. Die weitere Entwicklung hat sie vielfach in Sondereigentum gebracht. Von Anfang an bestand Sondereigentum an umschlossenen Gewässern, wie Quellen, Brunnen, Teichen, aber auch Allmendewässer wurden vom Könige weltlichen oder geistlichen Großen übertragen, nachdem er sie eingebannt hatte. Freilich blieb auch an den Privatgewässern den Markgenossen eine beschränkte Nutzung erhalten. Doch ließ das spätere Mittelalter diese immer mehr zurücktreten.

2. Die Scheidung von Privat- und öffentlichen Gewässern entsprach im wesentlichen der römischen von den ständig fließenden und zeitweise austrocknenden.

a) Die öffentlichen Flüsse wurden danach im gemeinen Recht als herrenlos, res communis omnium, betrachtet, der Staat hatte nur ein der Regalität entsprechendes öffentliches Hoheitsrecht. Doch haben die meisten Partikularrechte den Staat als Eigentümer des vom Flusse bedeckten Grund und Bodens aufgefaßt (so ALR., ABGB.). Praktisch bestand kein wesentlicher Unterschied. Vielmehr wurde ein ziemlich weitgehender Gemeingebrauch anerkannt. Einzelne Nutzungen standen jedermann ohne weiteres zu (z. B. Schöpfen, Baden, Tränken), andere nur nach den vom Staat erlassenen Wasserpolizeigesetzen, häufig gegen Abgaben (z. B. Schiffahrt, Flößerei, Fischerei); für eine dritte Gruppe von Nutzungen endlich wurde stattliche Konzession verlangt, vielfach auf Grund besonderer Regalien, z. B. des Flößereiregals (für die Flößerei mit unverbundenem Holz), des Fähr- und Mühlenregals und des Bernsteinregals.

b) Die Privatflüsse standen nach römischem Recht im ausschließlichen Privateigentum der Anlieger bis zur Mittellinie des Flusses. Das wurde in den meisten deutschen Staaten angenommen. Doch haben manche Partikularrechte die öffentliche Bedeutung auch der Privatflüsse anerkannt, so vor allem ein badisches Gesetz von 1899, wonach die nicht schiff- und flößbaren Flüsse im Eigentum der Gemeinde stehen sollen. Aber auch wo das Privateigentum anerkannt wurde, blieben doch einzelne Nutzungen jedermann zugänglich, wenn eine öffentliche Straße den Zugang zum Privatflusse gab. Weiter darf jeder Privateigentümer von seinem Wasserrecht nur pfleglichen Gebrauch machen, er darf keine Rückstau vornehmen oder Überschwemmungen verursachen, er darf nicht schädliche Stoffe in das Wasser leiten usw. Auf diesem Standpunkt steht auch das preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913. Der Gemeinbrauch wird gesetzlich fest umschrieben, es können Wassernutzungsrechte Dritten, auch Nichteigentümern, verliehen und die Nutzungsrechte der Gewässereigen-

tümer vermehrt werden. Vielfach abweichend das österreichische Wassergesetz von 1934.

Gewässer, die rings von Privateigentum umschlossen sind, sind voll als Privateigentum anerkannt. Doch ist für manche private Eigentumsgewässer, wie Heilquellen, Trinkwasserquellen, in neueren Gesetzen ein besonderer staatlicher Schutz und eine besondere behördliche Aufsicht eingeführt worden, um sie ihrer gemeinnützigen Aufgabe zu erhalten. So das preußische Quellenschutzgesetz vom 14. 5. 1908, so das ZGB. Art. 704 ff.

3. Weiter haben neuere Gesetze die Bildung von Wassergenossenschaften vorgesehen, derart, daß die beteiligten Anlieger Mehrheitsbeschlüssen unterworfen werden können. Die Wassergenossenschaften sind Zwangsgenossenschaften und Körperschaften des öffentlichen Rechts; auf freiem Vertrag beruhende Wassergenossenschaften haben sich nicht bewährt und sind heute fast überall abgeschafft. Zwangsgemeinschaften anerkennt auch das ZGB. 703.

Schrifttum: Geffcken: ZRG. G. 21 (1900), S. 173ff. — Peterka: Wasserrecht der Weistümer, 1905. — Huber: Wasserrechte, 1906. — Straub: Die Oberrheinschiffahrt im Mittelalter, 1912. — Frh. v. Künssberg: ZRG. G. 45 (1925), S. 144. — Stolz: Geschichtskunde der Gewässer Tirols, 1936.

II. Das Fischereirecht. Das Recht des Fischfangs folgte der Entwicklung des Wasserrechts. In den großen Strömen und Seen hatte jeder Volksgenosse, in den Allmendgewässern jeder Markgenosse das Recht zu fischen. Seit der Entwicklung des Stromregals an den schiffbaren Gewässern wurde auch die Fischerei vom Könige, später von den Landesherrn als Regal beansprucht. Doch blieb die allgemeine Fischereifreiheit in den öffentlichen Gewässern vielfach erhalten, auch begannen Grundherrschaften oder Gemeinden — sei es auf Grund königlicher Verleihung, sei es ohne solche — Fischereirechte auch in öffentlichen Gewässern zu beanspruchen.

Der neuere Territorialstaat hat das Fischereiregal in öffentlichen Gewässern stärker ausgebaut; zur Ausübung der Fischerei bedurfte es nun immer einer besonderen staatlichen Konzession. Die Fischerei in Privatgewässern steht nach neuerem Recht den anstoßenden Grundeigentümern zu, und zwar bis zur Mitte des Wasserlaufs. Vielfach bedarf es auch hierzu staatlicher Bescheinigung unter Einhaltung der staatlichen fischereipolizeilichen Vorschriften. Jeder Fischende muß einen Erlaubnisschein haben, §§ 92 ff. Fischereischeingesetz von 1939. In Österreich werden die Grundeigentümer zu Fischereigenossenschaften zusammengefaßt, die die Fischerei zu verpachten haben.

Schrifttum: Stutz: Rechtsgutachten in Sachen Wunderlin gegen Aargau betr. d. Recht d. Fischerei im Rhein (1900). Zahlreiche Untersuchungen im Archiv f. Fischereigeschichte (seit 1913), in Gmürs Abh. z. schweizer. Recht u. a. — Wegen des Streites zwischen Lübeck und Mecklenburg über die Fischerei in der Trave zahlreiche Gutachten von Rörig, v. Gierke und Wenzel; vgl. Z. Lüb. G. 25 (1928). — Fleiner: Freianglerrecht im Aargau, Festschr. f. Merz, 1928, S. 42. — Mell: Schutz der steirischen Fischwässer, Zeitschrift für Steiermark [illegible]

§ 35. Das Forst- und Jagdrecht.

I. Das Forstrecht.

1. In den Urwald, der noch in frühgeschichtlicher Zeit große Teile Deutschlands bedeckte, sind die Deutschen nur langsam vorgedrungen. Der so erschlossene Wald wurde damit der Gebietshoheit des Volkes unterworfen und kam in die gemeinschaftliche Nutzung aller Volksgenossen (Volkswald), soweit er nicht als Teil einer Markallmende erschien (Markwald). Auch Privatwald mag schon durch Zuweisung und Einhegung entstanden sein. Der fränkische König wandelte den Volkswald kraft Eroberrechts in Königswald um und vermehrte diesen gewaltig durch Einforstung ungeheurer Strecken unerschlossenen Urwalds mittels seines Königsbanns (forestae, von lat. foris). Aus diesem unerschöpflichen Waldbesitz vergabte er weite Gebiete an weltliche Große und kirchliche Institute. Diese Verschleuderung des Königswalds setzten die deutschen Kaiser durch Verkauf und Verpfändung fort. Geistliche und weltliche Große, auch Städte, erwarben so reiche Privatwäldereien und vermehrten diese noch aus früherem Markwald, den sie als Obermärker usurpierten oder nach Einforstung von den Königen verliehen erhielten.

2. Im Territorialstaat suchten die Landesherrn den Wald in ihre Hand zu bekommen. Sie maßten sich das königliche Einforstungsrecht an und verdrängten seit dem 14. Jahrhundert die Bauern völlig aus dem Walde, indem sie die Gemeindewälder zu ihrem Eigentum erklärten. Am Waldbesitz des Adels, überhaupt der Landstände, vermochten sie freilich nicht gleiche Rechte zu erlangen, obwohl sie seit dem 16. Jahrhundert ein Forstregal beanspruchten. Doch setzten sie eine allgemeine Forsthoheit durch, kraft deren sie die gesamte Waldnutzung durch Forstordnungen allgemein regelten und staatlicher Beaufsichtigung unterstellten. Am stärksten ausgebildet erscheint diese im ALR.

3. Der Sieg des individualistischen Gedankens im Revolutionszeitalter führte zum anderen Extrem: der völligen Aufhebung der Staatsaufsicht, so in Preußen 1811. Doch kehrte man im 19. Jahrhundert allmählich zur Staatsaufsicht zurück. So das österreichische Forstgesetz von 1852. Das preußische Recht beschränkt sich dabei auf Bekämpfung des Raubbaues, so für Waldungen von Gemeinden, öffentlichen Anstalten und sog. Schutzwälder, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt. Auch wird die zwangsweise Einrichtung von Waldgenossenschaften gestattet (Gesetze von 1875, 1876 und 1881). Dagegen verlangen andere Länder staatliche Genehmigung des Betriebsplans, Verwaltung von Gemeindewäldern durch staatliche Oberförster (so z. B. Baden, Hessen). Bei der Auflösung der Familienfideikommisse hat die Gesetzgebung Vorschriften zur Bildung von Waldgütern erlassen (o. § 32, II, 2).

Schrifttum: Thimme: Forestis, Arch. Urk.Forschung 2 (1909), S. 101. — Hausrath: Geschichte des Waldeigentums im Pfälzer Odenwald, 1913. — v. Eheberg: Die Reichswälder bei Nürnberg, 1914. — Glöckner: VJSchr. Soz. u. WG. 17 (1924), S. 1. — Merz: Waldungen der Stadt

Zofingen, 1922. — Graner: Gesch. d. Waldgerechtigkeit im Schönbuch, 1929. — Deck: Étude sur la Forêt d'Eu, 1929.

II. Das Jagdrecht.

1. Die Entwicklung des Jagdrechtes hat sich in drei Etappen vollzogen.

a) In der ältesten Zeit ergibt sich das Jagdrecht aus dem Grundeigentum. Daher durfte in der markgenossenschaftlichen Gesamtmark jeder Markgenosse jagen (Recht der freien Pirsch). Im Volkswald war die Jagd allen Volksgenossen frei, auf Sondereigentum war der Eigentümer jagdberechtigt.

b) In der fränkischen Zeit liegen die Anfänge der Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden. Durch die Ausdehnung des Forstbanns auf markgenossenschaftliche und in Privateigentum stehende Wälder beseitigte der fränkische König das Jagdrecht der Markgenossen und Grundeigentümer und behielt es sich selbst vor oder verlieh es an Große. Entscheidend wurde aber erst die Entwicklung des Mittelalters. Die Gliederung des Volkes nach Berufsständen führte zu der Auffassung, daß die Jagd nur den Leuten von Rittersart zukomme. Den Bauern wurde daher das Jagdrecht zunächst auf die niedere Jagd eingeschränkt; seit dem 16. Jahrhundert verschwand es völlig. Endlich nahmen die Landesherrn ein Jagdregal für sich in Anspruch. Es gelang ihnen fast überall, die höhere Jagd den Grundeigentümern zu entziehen, obwohl die Landstände heftigen Widerstand leisteten. Die niedere Jagd mußten sie dem Grundherrn lassen. Nur in Preußen wurde das Jagdregal auch auf sie erstreckt. Die Folge war, daß die Landesherrn das Jagdrecht auch auf fremdem Grund und Boden besaßen und die Jagdausübenden immer besonderer landesherrlicher Verleihung bedurften. Daneben erhielt sich das Recht der adeligen Rittergutsbesitzer, auf den Gütern ihrer hintersässigen Bauern zu jagen.

c) Die Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden sind schon seit dem Ausgang des Mittelalters ständig bekämpft worden. Am frühesten hat die Gesetzgebung der französischen Revolution sie beseitigt. In Deutschland folgte man erst seit 1848 diesem Beispiel: das landesherrliche Jagdregal verschwand, alle Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden, besonders auch das Recht der Wildfolge, wurden aufgehoben. So verblieb dem Staate nur eine Jagdhoheit, kraft deren er die Schonzeiten des Wildes und die Art der Jagdausübung gesetzlich festlegen konnte. Damit wurde das Jagdrecht als mit dem Grundeigentum verbunden anerkannt. Es ist aber nicht mehr Grundeigentumsinhalt, sondern ein selbständiges dingliches, dem jeweiligen Grundeigentümer zustehendes Recht. Für die Ausübung wurden bestimmte Erfordernisse aufgestellt: einmal die Lösung eines Jagderlaubnisscheins und sodann der Besitz eines Gutes von bestimmtem zusammenhängendem Flächeninhalt (in Preußen seit 1907 75 ha). Kleinere Güter werden zu gemeinschaftlichen Jagdbezirken zusammengefaßt. Die Jagdausübung steht einer Jagdgenossenschaft zu,

die sich aus den Grundeigentümern zusammensetzt. Aber die Genossenschaft darf als solche nicht selbst jagen, sie muß meist die Jagd verpachten oder doch durch angestellte Jäger ausüben lassen. Maßgebend jetzt das Reichsjagdgesetz von 1934.

Schrifttum: Frommhold: Jherings Jahrb. 53 (1908), S. 188. — v. Brünneck: ZRG. G. 39 (1918), S. 88. — Stach: Hist. VJSchr. 21 (1923), S. 257. — Mitzschke: Grenzen d. Erfüllungshaftung bei d. Jagdpacht (Heymanns Arb. 36), 1923. — Kisch: ZRG. G. 50 (1930), S. 220.

§ 36. Das Bergrecht.

I. Die Geschichte des Bergrechts. Die Bodenschätze erscheinen in älterer Zeit als Bestandteile des Grundstücks: ihre Gewinnung steht dem Grundeigentümer zu. So begegnet uns seit fränkischer Zeit bis weit in das Mittelalter hinein Bergbau der Grundherren auf eigenem Grund und Boden. Aber schon im 9. Jahrhundert sind Bestrebungen der Könige bezeugt, sich die wertvollen Metalle zu sichern. Sie konnten dabei an den (wohl römischem Recht entlehnten) königlichen Bergzehnt anknüpfen oder sich ihres Bannrechts bedienen. So entstand das im 12. Jahrhundert voll entwickelte königliche Bergregal, das alsbald auf die Landesherrn überging und sich in ihren Händen zu einem Hoheitsrecht über den ganzen Bergbau steigerte. Die Bodenschätze lösen sich damit vom Grundeigentum, sie werden herrenlose Sachen. Nur der Regalherr kann das Abbaurecht verleihen, und nicht mehr allein an den Grundeigentümer, sondern auch an jeden Metallfinder (Finderbeleihung). Die entscheidende Wendung brachte die Entwicklung der Bergbaufreiheit. Schon im 12. Jahrhundert hatten die Grund- und Regalherren Bergbaukundigen „gefreite Berge" zum Schürfen und Abbau gegen Gewinnanteil überlassen. Diese Bergfreiungen wurden von den Regalherren auf ungefreiten Boden ausgedehnt; auch wer hier Metall schürfte, erhielt das Abbaurecht, und zwar stand ihm schon im 13. Jahrhundert ein Anspruch gegen den Regalherrn auf Verleihung zu.

Bergregal und Bergbaufreiheit erhielten sich bis zum 19. Jahrhundert. Doch haben die Landesherren die Bergbaufreiheit dadurch für größere Gebiete beseitigt, daß sie den Abbau in ihnen sich selbst reservierten oder an Standesherren übertrugen (Distriktsverleihungen). Dagegen wurde das Bergregal, besonders im ALR., durch Übernahme der Bergwerksbetriebe in staatliche Leitung erheblich gesteigert (Direktionsprinzip). Das 19. Jahrhundert wandelte das Bergregal in eine bloße Berghoheit um (in Frankreich schon 1791). Denn die gewaltig gestiegene Produktion verlangte Freiheit des Wettbewerbs. So gab Preußen 1851 den Bergherren die Selbstverwaltung zurück und beließ in seinem Berggesetz von 1865, das zur Grundlage eines in Deutschland allgemein geltenden Bergrechts wurde, dem Staate nur Aufsicht und Verleihungsrecht. Die unbebeschränkte Bergbaufreiheit wurde gesetzlich festgelegt. In neuester Zeit schuf die monopolistische Beherrschung der Bodenschätze durch übermächtige Syndikate die Reaktion. Preußen, dem andere Staaten

folgten, beseitigte 1907 für Steinkohlen und Salze, 1924 für Braunkohlen die Bergbaufreiheit. Die standesherrlichen Bergregale wurden in Preußen 1920 auf den Staat überführt.

II. Die Betriebsformen. Die älteste Form war grundherrschaftlicher Eigenbetrieb: unfreie Knechte bauten unter Leitung von Ministerialen ab. Allmählich erwarben diese Arbeiter Nutzungsrechte an einzelnen Schächten, die bald als Gesamteigentum der genossenschaftlich verbundenen, nun freien Arbeiter erschienen. Aus der Berggemeinde sonderten sich seit dem 13. Jahrhundert einige kapitalkräftige Gewerken aus, die einen Bergteil, d. h. ein ideelles Anteilsrecht im Bergwerk, erwarben. Dieser nur kapitalistisch beteiligten, zur Gewerkschaft zusammengeschlossenen Gruppe standen nun die Arbeiter gegenüber. Auch sie hatten in älterer Zeit noch vielfach einen Anteil am Gewinn (sog. Lehnschaften). Seit dem 15. Jahrhundert wurden sie aber durchweg reine Lohnarbeiter. Der in sächsischen Bergordnungen zuerst geregelte Gedingevertrag war regelmäßig Akkordvertrag. Immerhin schützten die staatlichen Bergordnungen die Arbeiter gegenüber den Gewerkschaften. Dieser Zustand wurde erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts beseitigt; besonders lieferten die preußischen Gesetze von 1860 und 1865 den Arbeiter der Willkür des Unternehmers aus. Seit der Gewerbeordnung von 1869 ist der Schutz der Bergarbeiter schrittweise durchgeführt worden.

Die Gewerkschaft (vgl. § 19, II, 4) hat sich bis heute als die bergrechtliche Normalgesellschaft erhalten. Doch wird sie neuerdings mehr und mehr von der Aktiengesellschaft und der G. m. b. H. verdrängt.

III. Das geltende Bergrecht ist durch Landesgesetze (Preußen 1865 mit Novellen von 1905 und 1907) geregelt. Doch kann sie das Reich durch eigene Gesetzgebung ersetzen (RV. 7 Z. 16). In Österreich gilt das Berggesetz von 1854.

1. Entstehung des Bergwerkseigentums. Es entsteht durch staatliche Verleihung an den Finder bergrechtlicher Mineralien, der gesetzmäßig geschürft und gemutet hat.

a) Bergrechtliche Mineralien sind meist die wichtigeren Metalle und Erze, Kohlen und Salze. Alle anderen kann sich der Grundeigentümer frei aneignen (z. B. Platin, Wolfram, Radium). Doch können auch für sie selbständige Abbaugerechtigkeiten bestellt werden.

b) Das Recht, nach bergrechtlichen Mineralien zu suchen (Schürfrecht), kann jedermann erwerben (Schürffreiheit); der Nichteigentümer bedarf hierzu der Erlaubnis des Grundeigentümers oder der Bergbehörde, die sie ihm nur aus gesetzlichen Gründen verweigern kann; er muß wegen des Schadens Sicherheit leisten. Seit 1907 steht das Schürfrecht an Steinkohle und den wichtigsten Salzen in Preußen dem Staate (oder dem von ihm Beliehenen) allein

zu; seit 1924 ist das staatliche Schürfrecht auf Braunkohlen ausgedehnt worden.

c) Die Mutung ist das Gesuch des Finders an die Bergbehörde um Verleihung des entdeckten Minerals in einem bestimmten Felde. Ihr kann nur bei abbauwürdigem Vorkommen des Minerals (Fündigkeit) und Freiheit des Mutfeldes von älteren Abbaurechten (Feldesfreiheit) entsprochen werden. Die Größe des Mutfeldes ist gesetzlich beschränkt. Unter mehreren gleichgerichteten Mutungen geht die frühere vor, doch hat der erste Finder, der in gesetzlicher Frist mutet, den Vorrang; für den Grund- oder Bergwerkseigentümer genügt dabei zufälliges Finden ohne gesetzliches Schürfen.

d) Die Bergbehörde hat dem rechtmäßig Mutenden das Bergwerkseigentum unter Festsetzung der Mineralien und des Feldes zu verleihen. Das geschieht durch Aushändigung der Verleihungsurkunde; zur Wirkung gegen Dritte ist die Eintragung des Rechts auf besonderem Grundbuchblatt erforderlich.

2. Die Rechtsstellung des Bergwerkseigentümers. Das Bergwerkseigentum ist ein eigentumsähnliches Recht, gerichtet auf Aneignung der verliehenen Mineralien. Es ist keine Eigentumsbelastung, also kein Nutzungsrecht, denn die Abbaubefugnis ist im Grundeigentum nicht enthalten: auch der Grundeigentümer muß sie sich verleihen lassen. Das Bergwerkseigentum wird rechtlich wie eine unbewegliche Sache behandelt, es wird wie ein Grundstück übertragen und mit dinglichen Rechten belastet.

Soweit zum Betriebe nötig, kann der Bergwerkseigentümer vom Grundeigentümer die Benutzung der Erdoberfläche gegen Entschädigung verlangen. Der Eigentümer kann dieser Belastung seines Grundstücks bei längerer Dauer dadurch begegnen, daß er vom Bergwerkseigentümer den Eigentumserwerb fordert. Für den Betrieb des Bergwerks unter Tage ist der Grundstückseigentümer nur so weit entschädigungsberechtigt, als ihm die Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigt wird (Bergschäden).

Der Abbau hat nach dem von der Bergbehörde zu genehmigenden Betriebsplan zu erfolgen. Die Behörde kann bei Zuwiderhandlungen durch Strafen, Betriebseinstellung oder Entzug des Bergwerkseigentums einschreiten.

Schrifttum: Achenbach: Das gem. deutsche Bergrecht I, 1871. — Arndt: Zur Geschichte und Theorie des Bergrechts, 1879, 1916[2]. — Ermisch: Das sächsische Bergrecht des Mittelalters, 1887. — Zycha: Das Recht des ältesten deutschen Bergbaus, 1899; Das böhmische Bergrecht des MA., 2 Bde., 1900. — Müller-Erzbach: Bergrecht Preußens u. des weiteren Deutschlands, 1917. — H. u. R. Isay: Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, 2 Bde., 1919f. — Westhoff: Z. BR. 50 (1909), S. 27ff., 51 (1910), S. 93ff. — Stolz: ZRG. G. 48 (1928), S. 207. — Schönbauer: Beitr. z. Gesch. d. Bergbaurechts, 1929. — Weizsäcker: Sächs. Bergr. in Böhmen, 1929; ZRG. G. 50 (1930), S. 232. — Zycha: Zur älteren Bergwerksordnung von Goslar, Deutsches Archiv 3, 1939.

IV. Das Salzrecht. Die Salzgewinnung war zunächst Recht des Grundeigentümers; in der Karolingerzeit begegnen wir großgrundherrschaftlichem Salinenbetrieb, der sich teilweise im ganzen Mittelalter erhielt (Salzherren, Salzjunker). Daneben entstand der genossenschaftliche Betrieb der Pfännerschaften. Die Salzsieder erwarben Eigentum an den Salzpfannen, sie wurden aus unfreien Arbeitern zu den kapitalistisch beteiligten Erbsälzern. In der Kaiserzeit entwickelte sich ein königliches Salzregal, das auf die Landesherrn überging; diese entfalteten aus ihm eine weitgehende Staatsaufsicht, ja sogar ein staatliches Salzhandelsmonopol, das erst 1867 beseitigt wurde. Schürffreiheit an Salzen war dem älteren Recht unbekannt; sie wurde erst 1865 in Preußen eingeführt, nachdem planmäßiges Schürfen auf Salze technisch durchführbar geworden war. Seit 1907 ist in Preußen das Schürfen auf Salze dem Staate vorbehalten. Auch in den meisten anderen Ländern hat der Staat das Salzregal. In Österreich bestand bereits seit Friedrich III. für die Salzgewinnung ein Staatsmonopol.

Schrifttum: v. Inama-Sternegg: Zur Verfassungsgeschichte der deutschen Salinen im MA. 1886. — Srbik: Studien zur Geschichte des österreichischen Salzwesens, 1927. — Schrammel: Das oberösterreichische Salzwesen von 1600—1800, 1932.

Drittes Kapitel.

Begrenzte dingliche Rechte.

I. Nutzungsrechte.

1. Leiherechte.

Die Leiherechte sind dingliche Rechte, die eine unbeschränkte unmittelbare Nutzung eines Grundstücks gewähren. Sie verschaffen den Grundstücksbesitz und häufig den fast unbeschränkten Grundstücksertrag: der Berechtigte erscheint in eigentumsähnlicher Stellung (daher die Lehre vom geteilten Eigentum). Dem älteren Recht unbekannt und heute ohne größere Bedeutung blühten sie im Mittelalter: sie gewährten der grundeigentumslosen Bevölkerung einen Anteil am Bodenertrag und begegneten so den Gefahren der Bodenaufsaugung durch die Grundherrschaft. Im einzelnen haben sie in den Kreisen der Bauern, der Bürger und der Ritter eine gesonderte Ausgestaltung erfahren.

§ 37. Die bäuerliche Leihe.

I. Die fränkische Zeit. Im römischen Gallien war neben der Erb- und Zeitpacht das römische precarium in Gebrauch. Der Prekarist besaß keinerlei eigenes Recht; der Leiheherr konnte ihm das Grundstück jederzeit entziehen. Doch wurde es bald üblich, die Beleihung auf fünf Jahre zu erstrecken, und schon das Vulgarrecht sprach dem Beliehenen für die vereinbarte Zeit ein Nutzungsrecht zu. Die fränkische Zeit befestigte das Recht des Prekaristen erheblich: man pflegte ihm das Grundstück nach Ablauf der Leihezeit immer wieder von neuem zu verleihen und es seinem Erben zu übertragen. Neben die widerrufliche Leihe stellte sich daher jetzt die zeitlich beschränkte, vor allem aber die lebenszeitliche, später auch die beschränkt (auf drei Generationen) oder unbeschränkt vererbliche. Man vereinigte alle diese Formen unter dem Begriff der precaria Das gemeinsame Merkmal war, daß sie auf Grund einer Bittschrift, der epistola precaria, römischer Sitte gemäß verliehen wurden. Im einzelnen aber waren die Rechtsverhältnisse sehr verschieden. Bei den einen waren

Fronden und Dienste, bei den anderen nur Zinsen, Naturalabgaben oder Zehnten zu leisten. Die precaria data war dem Grundbesitz des Leiheherrn, die precaria oblata dem des Beliehenen derart entnommen, daß der Beschenkte das ihm aufgetragene Gut dem Schenker zu Leiherecht zurückgewährte, eine von der Kirche bevorzugte Leiheform, wobei häufig neben dem übertragenen Grundstück oder an seiner Stelle ein anderes geliehen wurde (precaria remuneratoria).

II. Das Mittelalter. Schon in fränkischer Zeit konnte das verliehene Gut selbständig oder in einen grundherrlichen Hof (Fronhof) eingegliedert sein. Das war zunächst nur wirtschaftlich von Bedeutung, nicht für den Stand des Beliehenen. Ein Freier konnte eine unfreie, ein Unfreier eine freie Leihe erhalten, ohne den Stand zu wechseln. Das änderte sich im Mittelalter. Die Annahme eines hofhörigen Gutes unterwarf den Freien auch in seinen persönlichen Beziehungen der Herrschaft des Hofrechts, machte ihn schließlich zum Hörigen des Grundherrn. So schieden sich hofrechtliche und freie Leihen auch in ihren Wirkungen. Die hofrechtliche Leihe verpflichtete den Beliehenen nicht nur zu Leistungen vom Gute, wie zu Abgaben und Diensten, sondern auch zu Abgaben aus persönlicher Abhängigkeit: der jährlichen Kopfsteuer, dem Besthaupt oder Buteil beim Tode des Hörigen, dem Ehegeld bei seiner Verheiratung. Andererseits wurde der Hörige mehr und mehr als hofrechtlicher Eigentümer des Gutes anerkannt; es wurde ihm durch hofrechtliche Investitur übertragen; er konnte es z. T. schon vererben und mit Zustimmung des Herrn veräußern, wobei dem Herrn eine Besitzänderungsgebühr (laudemium) zu zahlen war. Bei der freien Leihe behielt der Beliehene seine persönliche Unabhängigkeit, er wurde nicht dem Hofrecht unterworfen, war zu keinen persönlichen Abgaben, sondern nur zu Leistungen vom Gute verpflichtet, die häufig nur in gemessenen Diensten oder einem Rekognitionszins bestanden. Die freie Leihe wurde weiter fast durchweg zur Erbleihe. Freie Erbleihe war die Rechtsform, in der sich seit dem 12. Jahrhundert die innere Kolonisation auf neugerodetem Waldland und die Erschließung des Ostens vollzog. Die in freier Gründerleihe angesiedelten ostdeutschen Kolonisten hatten erblichen Besitz und waren persönlich frei, privatrechtlich nur zu Rekognitionszins, sonst nur zu öffentlichen Abgaben und Diensten verpflichtet. Ihre günstige Lage wirkte auf Altdeutschland zurück: die hofrechtliche Leihe wurde zurückgedrängt, das dingliche Recht des in freier Leihe Beliehenen stärker ausgebaut.

III. Die neuere Zeit hat die freie Erbleihe in großen Gebieten beseitigt und die Erbuntertänigkeit des Leihemannes neu begründet. Nur in Niedersachsen hat die freie Erbleihe in der Form des Meierrechts ihren Geltungsbereich erweitert; die Meiergüter waren Zusammenfassungen mehrerer Laßhufen und wurden den Meiern zunächst in Zeitpacht, seit dem 16. Jahrhundert aber zu erblicher Leihenutzung überlassen (Kolonat). Dagegen verschwand die freie Erbleihe des Ostens durch die Entwicklung der Gutsherrschaft. Die Ritter, anfänglich nur gleichberechtigte Flurnachbarn der Bauern, wußten als Landstände die Landesherren zu zwingen, ihnen Gerichtsherrlichkeit und Polizeigewalt zu übertragen, und das Rittergut durch rechtmäßige oder gewaltsame Abrundung zu einem geschlossenen Herrschaftsgebiet zu machen; erledigte oder durch Krieg verwüstete Leihegüter zogen sie ein und vernichteten im 18. Jahrhundert durch das Bauernlegen den freien Bauernstand in manchen Gebieten völlig. Was übrig blieb, waren erbuntertänige Bauern mit vererblichem oder unvererblichem Laßbesitz, die z. T. als bloße Zeitpächter nach römischem Vorbild behandelt wurden. Wesentlich stabiler blieben die Leiheverhältnisse in Süd- und Mitteldeutschland, wo sich die Grundherrschaft in der alten Form des Streubesitzes erhielt. Hier überwog die freie Erbleihe; doch begegnen auch hier wie im übrigen Deutschland zahllose Variationen des Leiherechts.

IV. Seit dem 18. Jahrhundert begann der Staat, die Erbuntertänigkeit der Bauern zu beseitigen und ihre Besitzrechte zu befestigen (Bauernbefreiung). Schon Friedrich der Große hatte den Leihezwang für Bauerngüter eingeführt und den unerblichen Laßbesitz der Domänenbauern in erblichen umgewandelt. Die Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts beseitigte die älteren Leiheformen und verwandelte den Besitz der Bauern in freies Eigentum, sie verminderte ihn dabei freilich in Preußen durch Entschädigungen an die Grundherren erheblich; das fiel in Österreich weg, wo der Bauer nur verminderte Abgaben von einem Grundentlastungsfonds zu leisten hatte. Nur in wenigen Staaten blieben einzelne Leiherechte bei Bestand, so im ABGB. das Erbpacht- und Erbzinsrecht, 1123 f. Das BGB. kennt nur die obligatorische Grundstückspacht, dagegen keine dinglichen Leiherechte mehr; doch hat es die landesrechtlichen Vorschriften über das Erbpachtrecht (mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts) aufrechterhalten (EG. 63). Die Erbpacht spielt nur noch in wenigen Ländern eine Rolle (Mecklenburg, Lübeck); sie wird hier als Untereigentum oder als Nutzungsrecht an fremder Sache aufgefaßt.

Schrifttum: v. Schwind: Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen, 1890 (Gierkes Unters. 35). — Rietschel: ZRG. G. 22 (1901), S. 181 ff. — Th. Knapp: Beiträge zur Rechts- u. Wirtschaftsgeschichte, 1902; Neue Beiträge, 1919. — Seeliger: Die soziale u. politische Bedeutung der Grundherrschaft, 1903. — Wopfner: Beiträge zur Geschichte der freien bäuerl. Erbleihe Deutschtirols, 1903 (Gierkes Unters. 67.) — G. F. Knapp: Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter, 2 Bde., 1887. — v. Voltelini: VJSchr. Soz. WG. 19 (1922), S. 259. — Gutmann: HWB. StaatsW. II, 1923⁴, S. 378.

§ 38. Die städtische Leihe.

I. In den Städten hat sich die freie Erbleihe früh entwickelt und allgemein durchgesetzt. Sie war zunächst Gründerleihe: bei der Stadtgründung wies der Stadtherr jedem Ansiedler einen Platz zur Bebauung an, der in sein vererbliches und veräußerliches Nutzungsrecht überging. Der Beliehene wurde Eigentümer des Bauwerks und hatte als Gegenleistung nur einen Zins (Wurtzins) meist in Geld von geringer Höhe (als Rekognitionszins) zu leisten; er geriet in keinerlei persönliche Abhängigkeit. Die älteste Nachricht darüber kommt aus Köln, wo der Erzbischof den Uferstreifen am Rhein schon im 10. Jahrhundert mit Kaufleuten besiedelte. Später haben auch andere städtische Grundbesitzer von der Rechtsform der Erbleihe Gebrauch gemacht (private Erbleihe); auch Häuser, Kaufschrannen, Gärten wurden so verliehen. Doch sind die Leiheberechtigten in den Städten schon früh als Eigentümer auch des Grund und Bodens angesehen worden, die Zinspflicht erschien als bloße Reallast. So lag es in Köln bereits im 12. Jahrhundert. Die städtischen Leihen sind damit noch im Mittelalter zum größten Teil untergegangen.

II. In das gemeine Recht ist durch die Rezeption der römischen superficies ein der städtischen Leihe verwandtes Rechtsinstitut aufgenommen worden. Die Kodifikationen haben sie z. T. in deutschrechtlichem Sinne umgestaltet. Auch das BGB. nahm sie als Erbbaurecht auf, aber unter wesentlichen Veränderungen. So steht heute wieder im deutschen Recht das Eigentum am Gebäude dem Erbbauberechtigten zu. Weiter wird das Recht selbst als Grundstück

behandelt. Die Pflanzungssuperfizies ist beseitigt. Das Erbbaurecht, zunächst ein Produkt der Theorie, hat als Mittel der Wohnungsbeschaffung neuerdings besondere Bedeutung erlangt und ist seinem Zweck durch eine Verordnung vom 15. 1. 1919 (vgl. Ges. vom 18. 7. 1930) angepaßt worden. Ihm entspricht in Österreich das Baurecht (Baurechtsgesetz von 1912).

Das englische Recht vereinigt unter dem Begriff lease alle Formen der ländlichen Grundstücksleihe, die für England die Grundstücksmiete und -pacht, aber auch das Erbbaurecht ersetzt. Da selbst in London der Grund und Boden im Eigentum weniger Magnaten steht, werden die meisten Häuser auf Grund einer building-lease erbaut. Der lease-holder hat ein dingliches Recht, das gegen jeden Dritten, auch gegen den neuen Erwerber, wirkt (legal estate). Es ist zeitlich beschränkt, meist 99 oder 80 Jahre. Nach ihrem Ablauf fällt dem Landlord das Grundstück mit allen Gebäuden usw. heim.

Schrifttum: Rietschel: (oben zu § 37). — Schreiber: Geschichte der Erbleihe in der Stadt Straßburg i. Els., 1909 (Beyerles Beitr. 3, 3). — v. Voltelini: Die Anfänge der Stadt Wien, 1913. — Hallermann: Erbleihe an Grundstücken in westf. Städten, 1925. — Kleinau: Der Grundzins in der Stadt Braunschweig bis 1350, 1929. — Beer: Beiträge zur Geschichte der Erbleihe in elsäßischen Städten, 1933. — Planitz: Das Kölner Recht und seine Verbreitung in der späteren Kaiserzeit, 1935 S. 21ff. — Fischer: Die Erbleihe im Köln des 12. bis 14. Jh., 1939.

§ 39. Das Lehen.

Das Lehen ist die ritterliche Leihe. Schon in spätfränkischer Zeit sonderte man die zu Reiterdiensten verpflichtenden Leihen als Benefizien von den übrigen Prekarien ab. Im Mittelalter hat das Lehnrecht fast den gesamten Grund und Boden ergriffen, den Aufbau des Staates und der Gesellschaft bestimmt, das Kulturleben beherrscht. Von allen Rechtszweigen hat es daher im Mittelalter die eingehendste praktische und wissenschaftliche Durchbildung erfahren. Hier ist nur auf seine sachenrechtliche Bedeutung einzugehen.

I. Das mittelalterliche Lehnrecht. Das Lehen (feudum) verband Lehnsherrn und Lehnsmann zu gegenseitiger Treue, verpflichtete den Lehnsmann zu Lehnsdiensten, gewährte ihm dafür das Nutzungsrecht am Lehnsgut.

1. Voraussetzungen des Lehns. Zwei Akte schufen das Lehnsverhältnis: ein persönlicher, der das Treuverhältnis (die Hulde), ein dinglicher, der das dingliche Recht des Mannes am Lehnsgute begründete (die Investitur). Jener verlangte die Mannschaftsleistung, die Kommendation, den Treueid des Lehnsmannes, das Treueversprechen und den Lehnskuß des Lehnsherrn, dieser die Übergabe von Investitursymbolen an den Lehnsmann. Beide Akte haben sich gegenseitig beeinflußt und z. T. ihre Symbole voneinander entlehnt. Auch ein noch nicht lediges Lehen konnte man für den Fall seines Heimfalles so vergeben (Lehen unter Gedinge): es fiel dann mit der Erledigung dem Belehnten unmittelbar zu, wenn das Lehngut fest bestimmt war (benanntes Gedinge). Ursprünglich wurden nur Grundstücke, später auch dauernd nutzbare Berechtigungen, wie Regalien und öffentliche Ämter, verliehen. Lehnsfähig waren nur waffenfähige Leute von Rittersart. Nur sie konnten Lehen verleihen und empfangen (passive und aktive Lehnsfähigkeit). Geächtete, Exkommunizierte, Juden waren absolut lehnsunfähig. Die Masse des Volkes (Bauern, Bürger, dazu die Geistlichen, Frauen usw.) waren nur relativ unfähig: sie konnten durch Gnade des Herrn ein Lehen erhalten, mußten dann aber einen Lehnsträger zur Leistung der Lehnsdienste stellen.

2. Die Wirkungen des Lehns. Das im Lehen liegende persönliche Band gewährte beiden Parteien einen Anspruch auf gegenseitige Treue und gegenseitigen Schutz. Der Mann schuldete weiter den Lehns-

dienst: Hoffahrt und Heerfahrt. Das Lehnsgut blieb Eigentum des Herrn: er konnte es auch weiterveräußern, durfte dabei freilich die Stellung des Lehnsmannes nicht verschlechtern. Der Lehnsmann konnte dagegen nur mit Genehmigung des Herrn Verfügungen vornehmen: sein Recht blieb Nutzungsrecht, das ihm freilich alle Nutzungen wie einem Eigentümer sicherte und ihm auch das Recht zur Afterleihe gewährte.

Als persönliches Treuband wirkte das Lehnsverhältnis ursprünglich nur auf die Lebenszeit der Parteien. Mit dem Tode des Herrn (Herrenfall) wie dem des Mannes (Mannfall) fiel das Lehen dem Herrn oder seinen Erben heim. Doch war in beiden Fällen schon früh die Wiederverleihung an den Lehnsmann oder dessen Erben üblich. Seit dem 12. Jahrhundert wurde das zur Rechtsgewohnheit: es entstand ein Leihezwang (wie schon früher bei den öffentlichen Ämtern), das Lehen wurde im Zweifel vererblich. Das persönliche Treuband mußte allerdings in allen Fällen neu begründet werden (Lehnserneuerung, renovatio feudi).

Von mehreren gleichnahen Erben brauchte man ursprünglich nur einen zu belehnen. Seit dem 14. Jahrhundert wurde aber die Gesamtbelehnung üblich. Die so Belehnten hatten gesamthänderische Nutzung und Verfügung. Nur zur Leistung der Lehnsdienste wurde einer von ihnen besonders verpflichtet.

3. Beendigung des Lehens. Das Lehen fiel an den Herrn zurück ursprünglich im Herren- und Mannfall, nach Erblichwerden dann, wenn der Vasall ohne Lehnserben starb. Weiter konnte das Lehnsverhältnis jederzeit einseitig aufgelöst werden, indem Herr oder Mann die Treue aufsagten oder der Mann das Gut an den Herrn aufließ. Endlich verwirkte der Vasall das Lehen durch Treubruch (Felonie), ursprünglich auch für die Lehnserben; brach der Herr die Treue, so erhielt der Vasall freies Eigentum.

II. Das gemeine Lehnrecht. Im 15. Jahrhundert wurde das langobardische Lehnrecht der libri feudorum als gemeines Lehnrecht rezipiert. Es beruhte auf den Lehnsgesetzen deutscher Kaiser. So war es dem deutschen Lehnrecht nahe verwandt. Neben den partikulären Lehnrechtsquellen hatte es nur subsidiäre Geltung. Seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts entstanden eingehende Kodifikationen partikulären Lehnrechts (kursächsisches Mandat 1764, ALR., Baden 1807, Bayern 1808, ABGB.). Das gemeine Lehnrecht unterschied sich vom deutschen besonders in folgenden Richtungen.

1. Voraussetzungen des Lehens. Der Belehnung ging in der Regel ein obligatorischer Lehnsvertrag voraus. Sie selbst konnte jetzt ohne die persönliche Anwesenheit des Herrn oder Vasallen erfolgen. Dem Vasall wurde ein Lehnbrief, dem Herrn partikulär ein Lehnsrevers ausgehändigt; häufig wurde die Belehnung in ein Lehnbuch eingetragen. Durch Eventualbelehnung wurde ein aufschiebend bedingtes dingliches Recht an einem bestimmten oder unbestimmten heimfallenden Lehen begründet; dagegen gab die Lehnsanwartschaft dem Beliehenen nur ein obligatorisches Recht auf Belehnung gegen den Lehnsherrn. Lehen wurde durch Ersitzung begründet, wenn von einem Gute 30 Jahre lang gutgläubig Lehnsdienste geleistet und empfangen worden waren. Lehnsgegenstände konnten auch dauernd sichergestellte Mobilien oder Kapitalien sein. Die Lehnsfähigkeit erforderte nur mehr freien Stand, nicht Ritterbürtigkeit. Doch blieben die adeligen Lehen dem Adel, die Mannlehen den Männern vorbehalten.

2. Die Wirkungen des Lehens erschöpften sich mit Zurücktreten des Treubands wesentlich in den dinglichen Rechten am Lehnsgut. Dem Herrn wurde Ober-, dem Vasall Untereigentum zugeschrieben. Der Vasall konnte das Gut nur mit Zustimmung des Herrn, der Agnaten, der Mit- und Eventualbelehnten veräußern. Für die Schulden des Lehnsinhabers haftete regelmäßig nur sein Allodialvermögen. Der Kreis der

Lehnsschulden, für die das Lehnsgut auch in der Hand der Lehnsfolger haftete, war fest begrenzt; dahin gehörten vor allem gewisse zum Erwerb oder zur Erhaltung des Lehns gemachte Schulden, mit Genehmigung von Lehnsherr und Agnaten aufgenommene Hypotheken usw. Das Lehnserbrecht wurde über den Kreis der Nachkommen des letzten Besitzers auf alle agnatischen, dem Mannesstamm angehörenden Seitenverwandten des ersten Erwerbers, soweit diese dessen Abkömmlinge waren, ausgedehnt; die Lehnsfolge erschien daher als successio ex pacto et providentia maiorum. Die Gesamtbelehnung (coinvestitura) schaffte jedem Vasallen nur noch einen ideellen Quotenteil am Lehen.

III. Der Untergang des Lehnrechts. Das Lehnrecht stellte schon im landesherrlichen Staat einen Anachronismus dar: die Lehnsherrlichkeit wich der Staatshoheit, staatsrechtliche Befugnisse des Lehnsmannes wurden Staatsbeamten anvertraut. So versuchte Friedrich Wilhelm I. alle Adels-, Schulzen- und Bauernlehen abzuschaffen. Innerlich abgestorben, hat das Lehnsrecht noch bis in das 19. Jahrhundert fortbestanden. Erst die Revolution von 1848 hat ihm den Gnadenstoß gegeben, in Österreich 1862. Die Lehen wurden, meist gegen Entschädigung, in freies Eigentum oder in Familienfideikommisse besonderer Art umgewandelt. Die Neuerrichtung von Lehen wurde untersagt. Nur wenige Reste retteten sich noch, wie die preußischen Thronlehen oder das Lehnrecht einiger Kleinstaaten (Mecklenburg, Lippe usw.); sie blieben durch EG. 59 dem Landesrecht vorbehalten. Auch sie sind dem Untergange geweiht, vgl. RV. Art. 115, preußische Zwangsauflösungsverordnung vom 19. 11. 1920 und oben § 32, II, 2.

Schrifttum: Roth: Geschichte des Benefizialwesens, 1850. — Brunner: Forschungen zur Geschichte des dt. u. franz. Rechts, 1894, S. 1. — Homeyer: Sachsenspiegel II, 2 (1844), S. 201 ff. — Mitteis: SB. Heid. 1927, S. 117. — Prausnitz: Feuda extra curtem, 1929.

§ 40.

2. Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch.

I. Die Grunddienstbarkeiten.

1. Das Mittelalter. Grunddienstbarkeiten sind dingliche Rechte, die eine beschränkte unmittelbare Nutzung eines Grundstücks gewähren. Dem älteren deutschen Recht waren sie unbekannt. Erst das Mittelalter hat die wirtschaftlichen Voraussetzungen für ihre Entstehung geschaffen. Der Ausgangspunkt dafür lag in den markgenossenschaftlichen und grundherrschaftlichen Verhältnissen. Die Nutzungsrechte der Markgenossen an der Allmende, der Grundherrn an dem von ihnen ausgetanen Bauernland waren nur Ausfluß des Gesamteigentums der Markgenossen, des Obereigentums des Grundherrn. Sie konnten als selbständige Grundstücksbelastungen erst erkannt werden, als die Eigentumsidee sich abschwächte. Eine besondere Stärkung erfuhr der Dienstbarkeitsgedanke, als man begann, einzelne Grundstücksnutzungen durch Rechtsgeschäft zum Gegenstand selbständiger dinglicher Rechte an fremden Grundstücken zu machen. Die Bestellung mußte meist vor Gericht geschehen; in den Städten hatte eine Eintragung im Stadtbuch zu erfolgen. Alle diese Dienstbarkeiten erschienen regelmäßig derart mit einem herrschenden Grundstück verbunden, daß dessen jeweiliger Eigentümer als der Nutzungsberechtigte erschien. Standen sie ausnahmsweise einer

individuell bestimmten Person zu, so waren sie meist übertragbar und vererblich.

Solche Dienstbarkeiten, die im typischen Falle Grunddienstbarkeiten sind, waren zunächst die Weidegerechtigkeiten. Sie gewährten das Recht, Vieh zur Weide aufzutreiben. In älterer Zeit bestand meist Weidegemeinschaft: die Mitglieder einer Mark- oder sonstigen Agrargenossenschaft hatten das Recht, gemeinsam ihr Vieh auf das Gemeindeland zu treiben. Daneben entwickelten sich individualistischere Formen: z.B. räumten mehrere Grundeigentümer sich gegenseitig das Weiderecht ein (Koppelhut), oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks blieb die Mithut gewahrt. Andere Weiderechte waren auf bestimmte Weidenutzungen beschränkt. So das Schäfereirecht, das die Befugnis gewährte, in einem Weidebezirk allein Schafe aufzutreiben, und das daher in älterer Zeit auch die Schafhaltung monopolisierte. Oder das Mastrecht, das Recht, in einem Walde Schweine zu weiden. Für die Weiderechte galten landschaftlich abweichende allgemeine Regeln. So wurde die Zahl der aufzutreibenden Tiere, wenn sie im einzelnen Falle unbestimmt war, nach dem Durchwinterungsfuß erschlossen (Was nicht erwintert wird an Vieh, soll auch nicht gesömmert werden), die Triftzeit nach der Art des Weidegrundstücks bestimmt, z. B. für Äcker und Wiesen sehr beschränkt, schonliche Ausübung der Weide anbefohlen. Auch die Waldgerechtigkeiten sind markgenossenschaftlichen oder grundherrschaftlichen Ursprungs. Am wichtigsten war das Holzungsrecht. Der Berechtigte konnte regelmäßig, seinem Bedürfnis entsprechend, dem Walde Bauholz, Brennholz oder sonstiges Nutzholz entnehmen. Weiter begegnen Holzleserechte, Laubsammlungsrechte, Rechte auf Benutzung der Waldfrüchte oder des Waldbodens. Ländlichen Ursprungs sind endlich noch Wegegerechtigkeiten und Wassergerechtigkeiten in landschaftlich höchst verschiedener Ausgestaltung. In den Städten sind dagegen Dienstbarkeiten nur in geringem Umfang entwickelt worden, hier reichten die nachbarrechtlichen Sätze in der Regel aus. Doch waren Gebäudedienstbarkeiten, wie Lichtrechte, Traufrechte usw., vereinzelt in Anwendung.

2. Die neuere Entwicklung. Der römische Servitutenbegriff wurde rezipiert; bei der Anwendung auf die deutschen Nutzungsrechte mußte er aber stark an seiner Geschlossenheit verlieren. Die beschränkte Zahl der römischen Servituten, besonders der Personalservituten, wurde aufgegeben: jede beliebige Nutzung, auch wenn sie nur dem Eigentümer, nicht dem herrschenden Grundstück selbst vorteilhaft war, konnte den Inhalt einer Servitut bilden. Da man auch die Nutzungsrechte der Markgenossen an der Allmende, des Grundherrn am Bauernland zu den Dienstbarkeiten rechnete, mußte der Satz: nemini res sua servit fallen; so konnte man auch, wenn sich das Eigentum am dienenden Grundstück mit der Berechtigung in einer Hand vereinigte, diese als Eigentümerdienstbarkeit fortbestehen lassen. Ebenso verschwand der Satz: servitus in faciendo consistere nequit, da positive Leistungen häufig zum mindesten den Nebeninhalt einer Dienstbarkeit bildeten, wie z. B. die Instandhaltungspflicht bei der Wegedienstbarkeit. Personalservituten wurden z. T. als übertragbar und vererblich behandelt.

Gegen diese sog. servitus juris germanici machte sich bereits seit dem 17. Jahrhundert im gemeinen Recht eine Gegenströmung im römischrechtlichen Sinne geltend. Zu endgültigem

Siege führte diese aber erst, als seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts die aus den mittelalterlichen markgenossenschaftlichen und grundherrlichen Verbänden stammenden Grunddienstbarkeiten, besonders die Weide- und Waldgerechtigkeiten, abstarben, um dann durch Ablösungsgesetze und Gemeinheitsteilungsordnungen zum großen Teil beseitigt zu werden. So sind die neueren Gesetze, insbesondere das ABGB. und das BGB., in den meisten Beziehungen dem römischen Rechte gefolgt, ohne damit das Problem der Dienstbarkeit in befriedigender Weise gelöst zu haben. Das BGB. unterscheidet zwischen den Grunddienstbarkeiten, entsprechend den Prädialservituten, und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und dem Nießbrauch, diese entsprechend den Personalservituten. Doch hat es die Beschränkung der Personalservituten auf bestimmte Typen nicht angenommen. Weiter läßt es eine Eigentümerdienstbarkeit zu. Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks kann ein positives Tun auferlegt sein (1021 f.). Zur rechtsgeschäftlichen Begründung einer Dienstbarkeit bedarf es immer der Eintragung in das Grundbuch. Eine Ersitzung nicht eingetragener Grunddienstbarkeiten nach dem Muster des römischen Rechts ist ausgeschlossen, nur Buchersitzung ist möglich. Manche Landesrechte kennen auch Entstehung einer Grunddienstbarkeit durch Enteignung (EG. 109). Weiter haben sie kulturschädliche Dienstbarkeiten untersagt oder nur beschränkt zugelassen (EG. 115), z. B. Forst-, Weide- und Jagddienstbarkeiten, sie auch durch Enteignung (Ablösung) beseitigt.

Schrifttum: Naendrup: Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten, 1900. — Van Vleuten: Die Grunddienstbarkeiten nach altwestnordischem Recht, 1902. — Bader: Ländliches Wegerecht im Mittelalter, ZGORh. 49, 1936. — Erler: Bäuerliche Waldgerechtsame an der Schwanne im Odenwald, ZRG. G. 65, 1947.

II. Der Nießbrauch. Der Nießbrauch gewährt wie die Leiherechte eine unbeschränkte unmittelbare Nutzung einer Sache, unterscheidet sich aber von ihnen durch seine wirtschaftliche und soziale Funktion wie durch seine rechtliche Ausgestaltung erheblich. Das Mittelalter hat ein solches Recht in der Leibzucht (lipgedinge) entwickelt. Die regelmäßige Form war, daß der Mann seiner Frau an Grundstücken ein lebenslängliches Recht bestellte. Dieses Recht erschien in älterer Zeit als lebenslängliches Eigentum, später nur mehr als ein auf volle Nutzung gerichtetes Recht an fremder Sache. Seinem Zwecke nach war es meist höchst persönlich, daher unübertragbar und unvererblich. Im späteren Mittelalter ist die Leibzucht des überlebenden Gatten am Vermögen des Verstorbenen häufig gesetzlich angeordnet worden. Andererseits wurde die Leibzucht durch Vertrag auf andere Verhältnisse, z. B. auf die Gutsübergabe, ausgedehnt.

Nach der Rezeption wurde die Leibzucht den Regeln des usus-fructus unterstellt (ABGB. 509 Fruchtnießung). Ihre Beschränkung auf Grundstücke wurde beseitigt. Das geltende Recht läßt nur mehr

einen vertraglichen Nießbrauch zu, der in romanistischem Sinne geregelt ist. Die Leibzucht lebt in den gesetzlichen Nutznießungsrechten des Familienrechtes fort; andere Formen sind den Landesrechten vorbehalten (EG. 96, 197).

§ 41.

3. Die Reallasten.

I. Das Mittelalter.

1. Reallasten sind dingliche Rechte, die eine beschränkte mittelbare Nutzung eines Grundstücks gewähren. Sie waren dem älteren deutschen Recht unbekannt und sind erst im Verlaufe des Mittelalters durch Umgestaltung älterer Rechtsformen erwachsen. Ihr Ursprung liegt in persönlichen Leistungspflichten auf Grund hofrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Abhängigkeit. Da sie nach Art und Umfang dauernd festgelegt wurden, trat die Verbindung mit der Person des einzelnen Verpflichteten zurück. Der jeweilige Eigentümer hatte aus dem Ertrage des Grundstücks einen Teil dem Berechtigten abzugeben. Die Last erschien daher als ein dingliches Recht am Grundstück, das dem Berechtigten einen Anteil an dessen Wirtschaftskraft sicherte.

a) So entstanden die Fronden und Dienste, die Grundzinsen und Zehnten. Die Fronden waren Hand- oder Spanndienste, diese mit Geschirr und Zugvieh, die der Inhaber des dienenden Grundstücks als solcher dem Berechtigten zu leisten hatte. Dem Grundherrn wurden Ackerfronden, Jagd- und Forstfronden geschuldet, die seit dem 16. Jahrhundert besonders im östlichen Deutschland eine ungemessene Ausdehnung erfuhren. Die Fronden haben schon ihres Inhalts wegen sich am stärksten von allen Reallasten den Charakter persönlicher Leistungspflicht gewahrt. Dagegen erscheint er bei den Grundzinsen, obgleich sie wie jene hofrechtlichen Ursprungs waren, nur noch schwach nachklingend. Es sind das Naturalzinsen (Feldfrüchte, Hühner, Gänse, Eier, Wachs usw.), die zu bestimmten Zeiten (Fastnachtshühner, Ostereier, Martinsgänse) dem Berechtigten aus dem Grundstück zu erbringen waren; daher sprechen die Quellen von rauchhun, gartenhun usw. Doch finden sich früh besonders in den Städten auch Geldzinsen (wurtzins). Der Grundzinsberechtigte mußte sich in älterer Zeit die Zinsen selbst holen, sie waren ihm nur über das Gatter zu reichen (Gatterzins); bei Nichtleistung konnte er pfänden. Auch die Zehnten standen z. T. den Grundherren zu; wichtig aber war, daß die Kirche sie von allen Grundstücken forderte, ohne freilich den Laienzehnt ganz beseitigen zu können. Sie bestanden in einem Bruchteil, regelmäßig dem zehnten Teil der Früchte des Grundstücks. Dem Umfang nach waren sie verschieden: so konnten z. B. sämtliche oder nur einzelne Grundstücke einer Feldflur (decima universalis, particularis), Feldfrüchte oder die Tiere nebst Tierprodukten (Feldzehnt, Blutzehnt) erfaßt sein.

b) Die fortgeschrittenste Form der mittelalterlichen Reallast war die Rente. Sie entstammte der frühkapitalistischen Entwicklung der mittelalterlichen Stadt. Die ältere Form der Kapitalsanlage war Grundstückskauf und Wiederausgabe zu Leiherecht gegen Grundzins gewesen. Doch der Eigentumserwerb war für den Kapitalisten weniger wichtig als die dauernde Zinsnutzung. Man beließ daher dem Grundeigner das Eigentum und beschränkte das Geschäft auf den Erwerb des Rechtes auf dauernd wiederkehrende Leistungen

aus dem Grundstück gegen einmalige Überlassung eines Kapitals. Das Vorbild hierfür bot der Seelzins, der einer kirchlichen Anstalt für Seelmessen gestiftet wurde. In den Städten, wo die Erbleihe früh sich dahin wandelte, daß der Leiheberechtigte zum reallastverpflichteten Eigentümer aufstieg, konnte das neue Geschäft unmittelbar an die Erbleihe anknüpfen. Dieser Rentenkauf begründete also eine dauernde Grundstücksbelastung; die Rente war Ewiggeld. Die städtische Oberschicht verschaffte sich mit diesem Geschäft ein auf lange Zeit gesichertes Rentnerdasein. Für kurzfristige Kapitalsanlagen kam der Rentenkauf mit Wiederkaufsrecht des Rentners nur vorübergehend in Betracht, wie in Lübeck und Hamburg. Der Rentenkauf hat sich rasch verbreitet, da er die Stelle des von der Kirche verbotenen, aber unentbehrlichen zinsbaren Darlehns ausfüllte. So bestellten die Landesherren im Westen Rittern gegen Zahlung einer Geldsumme Renten aus den Eingängen der Beden. Schon seit dem 14. Jahrhundert wurde die Rente nicht mehr in Naturalien, sondern in Geld gezahlt. Im Gegensatz zu den älteren Reallasten stand bei der Rente der Ausschluß jedes persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses, die rein vermögensrechtliche Natur von vornherein fest. Der Rentenkauf bedeutete Begründung eines dinglichen Rechts am belasteten Grundstück. Er erfolgte daher öffentlich vor Gericht oder Rat mit Eintragung und Ausstellung einer Urkunde (Rentenbrief). Auch die Veräußerung und Belastung der Rente forderte diese Formen; doch wurden sie früh durch Übergabe des Rentenbriefs ersetzt, der so als Wertpapier erschien. Die Höhe der Rente wurde frei vereinbart; sie betrug im 13. Jahrhundert etwa 8 Prozent im Verhältnis zum Kapital. Später sank sie schnell; es wurde ein fester Rentenfuß von 5 Prozent üblich und durch die Reichsgesetzgebung des 16. Jahrhunderts festgelegt. Diese ordnete auch die Ablösbarkeit der Rente durch Rückzahlung des Kapitals an, während früher die Rente als Ewiggeld nur auf Grund besonderen Wiederkaufsvorbehalts abgelöst werden konnte. Nur für Wien hatte Rudolf IV. 1360 die Ablösbarkeit zugestanden. Dagegen blieb dem Rentenberechtigten die Kündigung dauernd verwehrt.

2. Die Reallast ist ihrem Wesen nach ein Nutzungsrecht. Ihr Zweck ist es, dem Berechtigten die Erträgnisse des Grundstücks zu einem Teile zu sichern. Das gilt auch für die Fronden; denn die Arbeit, die der Grundeigentümer mit seinen Leuten, seinem Vieh und Zuggeschirr leistet, ist eine Auswirkung der wirtschaftlichen Kraft seines Grundstücks und damit ein Grundstückserträgnis, das infolge der Reallast dem Eigentümer entzogen wird. Deutlicher ist es beim Zehnt, der dem Berechtigten einen Bruchteil des Grundstücksertrags sichert, oder bei der Rente, wo die verbotene Kapitalnutzung sich in die zulässige Grundstücksnutzung wandelt.

Dieses Nutzungsrecht gewährt dem Berechtigten zwar eine durch die Publizität des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses oder des Begründungsaktes vermittelte Gewere (unten § 45, III, 1), aber doch

keine leibliche Inhabung, damit keine unmittelbare Nutzungsmöglichkeit. Um die einzelne fällig gewordene Nutzung zu erlangen, ist er zunächst auf die Mitwirkung des Eigentümers angewiesen. Aber dieses Tätigwerden des Eigentümers erfolgt nicht auf Grund eigener Schuldpflicht; es handelt sich überhaupt nicht um obligatorische Leistungspflichten, sondern um Auswirkungen eines dinglichen Rechts. Daher ist der Berechtigte auch nicht in der Lage, soweit nicht Rudimente persönlicher Abhängigkeit nachwirken, den Grundeigentümer zu einer Leistung zu zwingen oder bei Nichtleistung etwa in sein Vermögen Zwangsvollstreckung zu üben. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist weder Schuldner noch Haftender für die einzelne Realleistung. Der Berechtigte kann sich vielmehr ausschließlich an das seiner Nutzung unterliegende Grundstück halten. Auch hierbei handelt es sich zunächst um Auswirkungen des Nutzungsrechts. So können Fronden und Zehnten nur an den festen Terminen aus der jeweiligen Wirtschaftskraft des Grundstücks gefordert werden, sie werden nicht nachgeleistet. Anders bei den Grundzinsen und Renten. Hier bleibt das Grundstück auch in der Hand eines späteren Erwerbers für alle unter früheren Eigentümern fällig gewordenen, aber nicht erfüllten Reallastleistungen haftbar. Hier bricht sonach der Gedanke einer zur Sicherung des Nutzungsrechtes bestehenden Grundstückshaftung durch.

Die Grundstückshaftung besteht, ohne daß ein Schuldner vorhanden wäre. Anders die herrschenden Theorien, die unter sich wieder vielfach abweichen. Jedenfalls darf die Auffassung der Reallasten nicht von den Leistungspflichten ausgehen, sei es von Schuldpflichten mit dinglich bestimmtem oder unbestimmtem Subjekt (Gerber), sei es von Schuldpflichten des Grundstückes selbst (Duncker), sei es von solchen des jeweiligen Eigentümers (dingliche Schuld, Gierke). Es genügt aber auch nicht, die Reallast als Verbindung reiner Sachhaftung eines Grundstücks mit einer reinen Gläubigerschuld zu bestimmen (v. Schwerin), vgl. u. § 57, I, 1. Sie ist nicht ein Gebilde des Obligationenrechts, sondern in ihrem Kern Nutzungsrecht.

II. Die neuere Entwicklung. Die Rezeption hat die Reallasten unberührt gelassen. Da römischrechtliche Analogien fehlten, blieben sie von der Theorie vernachlässigt; sie wurden meist den deutschrechtlichen Servituten zugerechnet oder als hypothekarisch gesicherte Forderungen behandelt. Praktisch sind sie bis zum 18. Jahrhundert, zumal im Osten, üppig fortgediehen. Nur verloren die staatlichen, kirchlichen und zahlreiche herrschaftliche Berechtigungen ihren privatrechtlichen Charakter und wurden ausschließlich dem öffentlichen Recht zugerechnet. Im ABGB. werden die Reallasten daher nicht behandelt.

Erst die deutsche Agrargesetzgebung des 19. Jahrhunderts hat nach dem Vorgang der französischen Revolution die Reallast mittelalterlichen Stils beseitigt. Das Ziel war die Befreiung des Bauernstandes. So verschwanden, besonders nach 1848, die Fronden und Dienste völlig, im wesentlichen auch die Zehnten. Überhaupt wurde für alle ewigen Reallasten der Ablösungszwang eingeführt und die Neubegründung untersagt; für zeitliche Reallasten erhielten der

Eigentümer des belasteten Grundstücks und der Reallastberechtigte einen Anspruch auf Ablösung. Diese erfolgte durch Zahlung der Ablösungssumme oder einer Rente, die auf mehrere Jahre beschränkt war. Preußen hat die Ablösung durch Gewährung des Kapitals staatlich unterstützt. Landesrechtlich erhalten gebliebene Reallasten hat aber das BGB. nicht beseitigt (EG. 184, 113ff.); reichsrechtlich gibt es nur vertragliche, nicht gesetzliche Reallasten, BGB. 1105ff. Weiter sind nach preußischem Vorbild (Rentengutsgesetzgebung von 1890) Rentengüter geschaffen worden, deren Erwerbspreis durch eine Rente amortisiert wird.

Auch im geltenden Recht ist die Reallast ein Nutzungsrecht, das durch eine Sachhaftung gesichert ist. Darüber hinaus legt das BGB. dem Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fälligen Leistungen eine freilich ausschließbare persönliche Haftung auf (1108); nach ZGB. wird die einzelne Leistung in drei Jahren seit Eintritt der Fälligkeit zur persönlichen Schuld, während gleichzeitig die Haftung des Grundstücks wegfällt. Das Wesen der Reallast erleidet damit keine Wandlung.

Die Rente hat im modernen Recht ihren Charakter als Reallast verloren. Zunächst wurde dem Schuldner die Ablösung der Rente durch Wiederkauf vertraglich, später gesetzlich zugelassen, dann erhielt auch der Gläubiger regelmäßig ein vertragliches Kündigungsrecht, endlich ließ man den Rentenschuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften. So näherte sich die Rentenschuld immer mehr dem hypothekarisch gesicherten Darlehn. Das BGB. regelt die Rentenschuld als Unterart der Grundschuld.

Schrifttum: Duncker: Die Lehre von den Reallasten, 1837. — Renaud: Beitrag zur Theorie der Reallasten, 1846. — Gerber: Gesammelte Abhandlungen, S. 213ff. — v. Schwind: Jherings Jahrb. 33 (1894), S. 1. — Arnold: Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, 1871. — Rosenthal: Zur Geschichte des Eigentums in der Stadt Würzburg, 1878. — Gobbers: ZRG. G. 4 (1883), S. 130. — Rehme: Die Lübecker Grundhauern, 1905. — Winiarz: Erbleihe und Rentenkauf in Österreich, 1906 (Gierkes Unters. 80). — F. Beyerle: VJSchr. Soz. u. WG. 9 (1911), S. 401. — Maidhoff: Das Passauer Gültenwesen, 1927. — Gätjen: Der Rentenkauf in Bremen, 1928. — v. Brandt: Der Lübecker Rentenmarkt, 1935. — Cremer: Der Rentenkauf im mittelalterlichen Köln, 1936. — Rörig: Kündigungsrecht des Rentners beim Rentenkauf? ZRG. G. 57, 1937. — Reincke: Die Ablösung von Erbzins nach Hamburger Recht, Hans. GBl. 63, 1938.

II. Das Grundpfandrecht.

§ 42. Das ältere Grundpfandrecht.

I. Geschichtliche Entwicklung. Das Grundpfandrecht war im Mittelalter das wichtigste Mittel zur Sicherung der Forderung des Gläubigers. Es war von hervorragender rechts- und wirtschaftsgeschichtlicher Bedeutung. Eine ähnliche Funktion übte der Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufes aus. Aber rechtlich wurde dieser streng vom Grundpfandrecht gesondert, und eine gegenseitige Beeinflussung fand nicht statt. Anders lag es freilich in England und wohl auch

im Norden Frankreichs, wo ein Eigentumspfand, das auf einer auflösend bedingten Übereignung ähnlich wie der deutsche Verkauf auf Wiederkauf beruhte, die Entwicklung des Grundpfandrechts bestimmte.

Für ein künftiges Grundpfandrecht brachte die fränkische Zeit die ersten Ansätze. Dem germanischen Bodenrecht war es noch in der Zeit der Volksrechte unbekannt. Fränkische Formeln aus Gallien erwähnen im 8. Jahrhundert ein pignus am Boden als ein römisch-germanisches Mischgebilde. Römischrechtliche Anschauungen hatten damals dazu geführt, das für die Fahrhabe entwickelte Pfandgeschäft auf den Boden zu übertragen. Aber schon finden wir da ein Nutzungspfand mit einer germanischen reinen Sachhaftung. Seit dem 11. Jahrhundert tritt ein vollentwickeltes Grundpfandrecht im Reiche auf, das bald das ganze Rechtsleben in allen Zweigen erobert. Fast gleichzeitig zeigen sich beide Hauptformen, das Substanz- und das Nutzungspfand.

II. Das Substanzpfand war auf dauernden Erwerb des Bodens gerichtet. Es diente zum Beispiel der Zuwendung als Seelteil an die Kirche, zur Erweiterung der Grundherrschaft, als Mittel der Territorialpolitik, als Objekt der Grundstückspekulation kapitalkräftiger Bürger.

1. Ursprünglich setzte das Substanzpfand die leibliche Gewere des Gläubigers voraus. Anfänglich gewährte der Pfandvertrag dem Gläubiger ein zeitlich unbeschränktes Zurückbehaltungsrecht, später konnte das Pfand nur in bestimmter Zeit eingelöst werden. So entstand die Verfallklausel. Zwar vermied man gelegentlich, besonders in der Reichs- und Territorialpolitik, das allzu schneidige Recht des Verfalls klar für anwendbar zu erklären. Dann erschwerte man die Einlösung: erst nach langer Zeit, nur alle Pfandgüter auf einmal, konnte man einlösen, man mußte die volle Summe und aus eigenen Mitteln beibringen. Aber die einfache Verfallklausel überwog bald bei weitem. Maßgebend war die Idee der reinen Sachhaftung. Der Gläubiger trug die Gefahr des Untergangs der Pfandsachen. Während der Sicherungszeit blieb der Schuldner Eigentümer des Pfandes und verfügungsberechtigt. Eine Auflassung hatte nicht stattgefunden, es handelte sich nicht um eine aufschiebend bedingte Übereignung. Der Verfall war begründet in der infolge des Ablaufs der Einlösungsfrist eingetretenen Nichteinlösbarkeit. Die Verfallklausel hat einen strafrechtlichen Grundzug. Das Verhältnis von Pfandwert und Schuldhöhe bleibt unberücksichtigt. Der Eigentumserwerb des Gläubigers ist ein originärer, kein abgeleiteter. Erst durch Entwicklung der Verkaufsklausel im 14. Jahrhundert wurden diese strafrechtlichen Elemente ausgeschaltet. Solche Klauseln gewährten dem Gläubiger vielfach nur das Recht zur Weiterverpfändung. Der Gläubiger erlangte kein Eigentum mehr, sondern nur noch ein Verfügungsrecht in den Grenzen seiner Forderung.

2. Ein Substanzpfand ohne leibliche Gewere entstand in den Fernhandelsstädten aus den wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Handels. Um ein augenblickliches Kapitalbedürfnis befriedigen zu können, war der Kaufmann vielfach gezwungen, sein Haus, in dem er wohnte und sein Gewerbe betrieb, auf Zeit zu verpfänden.

Das Kölner Recht bildete das alte Besitzpfand, ohne den strafrechtlichen Gedanken zu mildern, zu einem eigenwüchsigen neuen Rechtsinstitut um, indem es den Publizitätsakt der Begründung und eine aus der Fahrnispfändung übernommene Vollstreckung einfügte. Die Verpfändung erfolgte zunächst vor dem Schöffengericht, dann seit 1103 vor einer Kommission von Richtern und Amtleuten, endlich vor einer Gruppe von Amtleuten; die Eintragung in die Karte wurde zur öffentlichen Urkunde. Die Publizität der Eintragung vermittelte dem Pfandgläubiger eine anwartschaftliche Gewere. Nach Ablauf der Einlösungszeit (meist ein Jahr) wurde der Gläubiger durch das Gericht in den Besitz des Pfandes eingewäldigt. Nach einem weiteren Jahr fand nach dreimaligem Aufgebot die Einweisung des Gläubigers in das Eigentum statt. Das umständliche Verfahren wurde schließlich wesentlich abgekürzt durch Anerkennung der Verfallklausel, besonders in der Form der Anschreinungsklausel, in welcher die Parteien ausdrücklich auf das Eingreifen des Schöffengerichts bei der Eigentumsanschreinung verzichteten. So wurde das Problem des Grundpfands ohne leibliche Gewere zum ersten Male gelöst und ein Substanzpfand in seiner reinen Form entwickelt. Die Fernhandelsstädte des lübisch-hamburgischen Rechtskreises bildeten dieses Grundpfand selbständig weiter und schalteten mit ihrer Exekutivklausel und der Kistenpfandklausel das komplizierte Vollstreckungsverfahren aus. Eine Verkaufsklausel blieb selten. In Wien wurde der Gläubiger durch die Vollstreckung zum Verkaufe ermächtigt. Ein besitzloses Pfand im Sinne der römischen Hypothek ist dem Mittelalter unbekannt geblieben. Immer wurde durch den Publizitätsakt der Verpfändung dem Gläubiger eine anwartschaftliche Gewere vermittelt.

III. Das Nutzungspfand kommt sowohl auf dem Lande wie in den Städten häufig vor. Hier diente es vor allem dem Rentenbedürfnis des Patriziats.

1. Aus dem älteren zeitlich unbeschränkten Zurückbehaltungsrecht ging das Recht, zu zeitlich unbeschränkter Nutzung des Pfandes hervor. Ihre Dauer war von der beliebigen Einlösung durch den Schuldner abhängig. Diese Ewigsatzung (mortgage) enthielt ein strafrechtliches Element. Der Gläubiger konnte die Nutzungen des Pfandes ziehen, die ihm ohne Anrechnung auf die Forderung verfielen. Eine Nutzungspflicht bestand nicht: der Gläubiger konnte sich auf die Zurückbehaltung beschränken. In der zeitlich unbeschränkten Fruchtziehung sah man wie in der Zurück-

behaltung einen gerechten Ausgleich für die zu Unrecht versäumte Einlösung des Pfandes. Die Kirche forderte schon im 12. Jahrhundert, daß die Nutzungen auf die Schuld anzurechnen seien. Diese Totsatzung (vifgage) wurde fast einmütig abgelehnt; selbst kirchliche Kreise entwickelten besondere Umgehungsgeschäfte. Bei der gepachteten Satzung verblieb dem Gläubiger bei erheblichem Mehrwert der Nutzungen nur ein Teil.

Erst das grundherrliche Rentenpfand brachte für das Landrecht seit dem 13. Jahrhundert die Umwälzung: hier wurden die Nutzungen in eine Relation zur Schuldsumme gestellt. Der Grundherr wies dem Gläubiger, der Höhe seiner Forderung entsprechend, jährliche Einkünfte aus der Grundherrschaft pfandweise zu, die ihm am Grundstück eine mittelbare Gewere verschafften. Als Regel ergab sich eine zehnprozentige Verzinsung. An Stelle strafrechtlicher Ideen stand nun der Rentengedanke. Die Rente stellte sich als das im Mittelalter allein zulässige Entgelt für die Hingabe des Kapitals dar. In ihr trat eine neue Wirtschaftsgesinnung geldwirtschaftlicher Art zutage, daß dem Kapital eine entsprechende Verzinsung gebühre.

Endlich wandelte sich das Grundpfand zum Rechtspfand: die ständige Zuweisung bestimmter grundherrlicher Einkünfte an einen Pfandzweck ließen diese Einkünfte selbst als das Objekt des Pfandes erscheinen. Dem Gläubiger stand nur noch eine Rechtsgewere zu, die ihm eine bloß mittelbare Beziehung zum Boden gab.

2. In den Städten ist das Nutzungspfand früh unter wirtschaftliche Gesichtspunkte gestellt worden. Hier war das Bewohnen des städtischen Hauses die normale Nutzung dieses Pfandobjekts. Mietwert und Pfandsumme wurden in den großen Handelsstädten bald in Relation zueinander gebracht. Auch hier endigte die Entwicklung im Rentenpfand. In Köln entstand eine Satzung mit Zinsgewere des Gläubigers. Der Eigentümer eines Wohnhauses begründete an diesem ein Pfand, indem er dem Gläubiger jährlich aus dem Grundstück fließende Nutzungen übertrug und ihm damit eine Zinsgewere verschaffte. Diese Nutzungen bestanden in einem Ertragszins, der dem Mietwert entsprach. Auch in diesem Geschäft setzte sich der Rentengedanke durch. Auch gewährte die Zinsgewere keine wirkliche Beherrschung des Bodens mehr, das Geschäft war einem besitzlosen Pfande nahe gerückt.

Das ältere englische Recht schied Eigentums- und Nutzungspfand. Grundlage der weitern Entwicklung aber wurde das Eigentumspfand. Es verschaffte dem Gläubiger resolutiv bedingtes Eigentum und Besitz. Erst langsam entwickelte sich ein besitzloses Pfand, indem man zunächst dem Schuldner den Besitz prekaristisch zurückübertrug, bis unter Ausbildung bestimmter Formen der Besitzwechsel überflüssig wurde. Bei Nichtzahlung verfiel das Pfand dem Gläubiger endgültig. Im 17. Jahrhundert erst drang hierin eine Milderung durch: der Schuldner konnte auch nach Verfall das Pfand in 20 Jahren einlösen (equity of redemption). Neben dem legal estate des Gläubigers erhielt der Schuldner so ein equitable estate, das ihm ermöglichte, weitere Pfandrechte zu bestellen.

IV. Die Generalhypothek. Seit dem 12. Jahrhundert kommen in wachsender Zahl Verpfändungen des gesamten Vermögens vor. Sie erfolgten

durch Eintragung in öffentliche Bücher oder Aufnahme in Urkunden. Ein dingliches Recht begründete diese Generalhypothek nicht, sondern sie ergänzte nur die in einzelnen Fällen, z. B. bei Pfandsatzung, oder für einzelne Gegenstände, z. B. für Liegenschaften, fehlende gesetzliche Vermögenshaftung und verschaffte dem Gläubiger Vollstreckungserleichterungen. Im späteren Mittelalter hat sie vereinzelt die Wirkung eines Arrestes erlangt, wodurch insbesondere dem Schuldner die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen wurde.

Schrifttum: v. Meibom: Das deutsche Pfandrecht, 1867. — Franken: Geschichte des französ. Pfandrechts I, 1879. — Kohler: Pfandrechtliche Forschungen, 1882. — v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899. — Egger: Vermögenshaftung und Hypothek, 1903. — Kapras: Das Pfandrecht im böhmisch-mährischen Stadt- u. Bergrecht, 1906. — Hazeltine: Geschichte des englischen Pfandrechts, 1907 (Gierkes Unters. 69, 83, 92). — Mutzner: Geschichte des Grundpfandrechts in Graubünden, 1909. — Caillemer: Festschr. f. Brunner, 1911, S. 279. — Planitz: Hans. GBl. (1926), S. 12. — Planitz: Das Grundpfandrecht in den Kölner Schreinskarten, ZRG. G. 54, 1934. — Planitz: Das deutsche Grundpfandrecht, 1936.

§ 43. Das neuere Grundpfandrecht.

I. Das gemeine Hypothekenrecht. Das Pfandrecht des rezipierten römischen Rechtes war die Hypothek. Als Pfandrecht ohne Besitz des Gläubigers, das eine mehrfache Verpfändung ermöglichte, das Verfallpfand zugunsten des Verkaufspfands beseitigte (Verbot der lex commissoria) entsprach es der Entwicklungsrichtung des deutschen Rechts. Weit erheblicher aber war die Verdrängung gesunder Rechtsgedanken, die die Aufnahme der Hypothek zur Folge hatte. Die jüngere Satzung bedurfte zu ihrer Entstehung immer eines offenkundigen Aktes, zu ihrer Geltendmachung der gerichtlichen Mitwirkung. Die Hypothek dagegen entstand durch formlosen Vertrag, Besitzergreifung und Pfandverkauf nahm der Gläubiger ohne gerichtliche Kontrolle vor. Mit dem Gedanken der Publizität verschwand weiter aus dem Pfandrecht der Rezeptionszeit der der Spezialität. Nicht nur ein spezielles Grundstück, sondern ganze Vermögen konnten jetzt mit der Wirkung voller hypothekarischer Haftung einem Gläubiger eingesetzt werden. Gesetzliche Pfandrechte, die häufig ein ganzes Vermögen erfaßten, wurden in großer Zahl anerkannt. Da somit mehrere vertragliche oder gesetzliche Pfandrechte an derselben Sache bestehen konnten, bedurfte es einer besonderen Rangordnung; der Grundsatz der Priorität des älteren Pfandrechtes genügte nicht mehr, weil die privilegierten Pfandrechte des römischen Rechts aufgenommen wurden.

Damit war jedem gesunden Realkredit die Grundlage entzogen. Denn es war keinerlei Sicherheit gegeben, daß nicht ältere, aber dem Gläubiger unbekannte vertragliche oder privilegierte gesetzliche Pfandrechte seinem Rechte vorgingen. Nur beschränkte Abhilfe bot das Vorrecht der pignora publica, der in formeller Weise begründeten Pfandrechte. Dennoch wurde das römische Recht gemeines Recht und auch die Grundlage der meisten Partikularrechte, wobei aber den deutschrechtlichen Pfandformen häufig wie den pignora publica ein Vorrang wenigstens vor dem formlosen Vertragspfand

zuerkannt wurde. Nur wenige Städte, wie z. B. München und Lübeck, blieben dem deutschen Grundpfandrecht ohne Schwanken treu.

II. Das geltende Grundpfandrecht. Die Mängel des gemeinen Hypothekenrechtes riefen im 18. Jahrhundert in den größeren deutschen Territorialstaaten eine Reformgesetzgebung hervor, die wieder an die von der Rezeption unterbrochene deutsche Rechtsentwicklung anknüpfte. Führend wurden preußische Gesetze, die Hypothekenordnungen von 1722 und 1783 und das ALR. Abgeschlossen wurde diese Entwicklung, die im 19. Jahrhundert die meisten deutschen Staaten in ihren Kreis zog, durch das österreichische Grundbuchgesetz von 1871 und die preußische Grundbuchordnung von 1872, die Grundlage des geltenden Grundpfandrechts. Die Hauptideen dieser Renaissance sind folgende.

Einmal der Gedanke der Publizität. Eine Hypothek kann nur durch Eintragung in ein öffentliches Buch entstehen (so zuerst im ALR. und ABGB.). Gesetzliche und stillschweigende Pfandrechte sind daher unmöglich (doch kennt das ZGB. noch gesetzliche Pfandrechte), nur Ansprüche auf Eintragung zulässig. Auch die Pfandprivilegien mußten fallen: der Rang der Pfandrechte war durch das Datum der Eintragung bestimmt. Der bei der Pfandentstehung mitwirkende Richter hatte weiter damit zugleich Recht und Pflicht der Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit. Im neueren Recht beschränkt sich diese Prüfung auf die äußere Form der sachenrechtlichen Erklärungen (formelle Legalität), während sie in einigen älteren Gesetzen auf ihre materielle Gültigkeit erstreckt worden war (materielle Legalität). Auch der Pfandverkauf durfte nun wieder nur unter gerichtlicher Mitwirkung, im neueren Recht nur im Wege gerichtlicher Zwangsvollstreckung, vor sich gehen.

Sodann das Spezialitätsprinzip. Grundpfandrechte können nur an einzelnen bestimmten Grundstücken bestehen. Generalhypotheken sind beseitigt. Speziell bestimmt sein muß weiter der Betrag der Forderung, für den das Grundstück haftet, doch genügt bei der Hypothek die Angabe des Höchstbetrags. Fest steht endlich für jedes Grundpfandrecht die Stelle, an der es unter mehreren Pfandrechten das Grundstück erfaßt (Prinzip der festen Pfandstelle). Fällt ein Pfandrecht fort, so rücken, im Gegensatz zum römischen Recht, die späteren nicht nach, sondern es entsteht eine offene Stelle, die das geltende Recht durch ein Eigentümerpfandrecht ausfüllt. Das österreichische Recht lehnt das ab und gewährt nur für besondere Fälle eine Eigentümerhypothek.

Endlich der Gedanke der Selbständigkeit. Den Kern des Hypothekenrechts bildet heute freilich die akzessorische Hypothek. Streng akzessorisch ist indessen nur die Sicherungshypothek, während die Grundform der Hypothek, die Verkehrshypothek, nur beschränkt akzessorisch ist; dagegen ist die Grundschuld nebst der Rentenschuld abstrakt. Auch das ZGB. kennt ein abstraktes Grundpfand, die Gült, ZGB. 847 ff., nicht dagegen das österreichische Recht.

Das französische Pfandrecht anerkennt noch ein Besitzpfand (nantissement) in der Form der antichrese, die selten vorkommt. Hauptform ist die hypothèque. Sie entsteht durch Schaffung einer notariellen Urkunde. Einer Eintragung bedarf es nicht; diese ist nur bedeutsam für den Rang des Rechtes und muß alle 10 Jahre erneuert werden. Die Hypothek ist streng akzessorisch, als unmittelbarer Ausfluß der persönlichen Haftung. Sie wird daher mit den Generalhypotheken zusammengefaßt, die das französische Recht in großer Zahl und mit verschiedenem Inhalt (Scheidung von privilèges und hypothèques) anerkennt.

In England ist seit 1926 das Eigentumspfand beseitigt. Der Schuldner bleibt Eigentümer und behält den legal estate am Grundstück. Auch der Gläubiger erhält ein legal estate auf Zeit (höchstens 3000 Jahre). Der Schuldner hat das Recht auf Rückzahlung bei Fälligkeit und auf Rückfall. Die erste Hypothek wird nicht eingetragen; sie ist gesichert, da der Gläubiger das Recht auf den Besitz der Rechtsurkunden hat. Spätere Hypotheken werden eingetragen. Bis zur Eintragung geben sie nur ein equitable interest. Die Verwertung des Grundstücks erfolgt durch Verkauf. Neben dem mortgage (term for years) bestehen zwei weitere Sicherungsmöglichkeiten: eine Grundlast (charge) sowie das lien (Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers an den das Grundstück betreffenden Urkunden, title deeds).

III. Das Näherrecht.

§ 44.

I. Das Mittelalter.

1. Älteres Recht. Die Näherrechte sind die letzten Ausläufer des ehemaligen Kollektiveigentums am Grund und Boden. Als dieses sich in Einzeleigentum wandelte, verblieben den früheren Miteigentümern dingliche Anwartschaftsrechte, d. h. Rechte auf Eigentumserwerb, der vom Eintritt einer Bedingung abhängen sollte. Diese Anwartschaftsrechte haben im Mittelalter regelmäßig eine weitere Beschränkung ihres Inhalts erfahren. Sie erscheinen als bloße Näherrechte: der Anwärter hatte bei Verkauf des Grundstücks an einen schlechter Berechtigten einen Anspruch auf dessen Erwerb nur gegen Zahlung des Kaufpreises. Weil er näher zur Sache war, konnte er sie an sich ziehen, aber er mußte sie vom Erwerber lösen (Zugrecht, Losung, Retrakt).

a) Arten. Von den Wartrechten der früheren Miteigentümer hat sich am frühesten zum bloßen Näherrecht abgeschwächt das der Markgenossen. Nach salischem Volksrecht konnte noch jeder Genosse, wenn ein anderer sein Land an einen Ausmärker veräußerte, mit der Wirkung widersprechen, daß das Grundstück der Genossenschaft heimfiel; im Mittelalter nur so, daß er selbst in den Grundstückkauf eintrat. Diese Marklosung, partikulär bis zur Neuzeit erhalten, hat sich im Mittelalter weiter zur bloßen Nachbarlosung, die nur den nächsten Anrainern zustand, abgeschwächt. In grundherrlichen Verhältnissen wurde das Näherrecht auf den Grundherrn beschränkt. Die Sätze dieses Grundherrnretraktes wurden dann auf andere Fälle ausgedehnt, so auf den der privaten Grundleihe, des Lehnrechtes, des Obereigentums. Weiter nahm die Gemeinde als öffentlich-rechtliche Korporation ein Näherrecht in Anspruch (Gemeinderetrakt).

Länger hat es gedauert, bis sich die Wart- und Beispruchsrechte zur Erblosung abschwächten. Nur wenn der Eigentümer sich durch den Grundstücksverkauf aus einer Notlage befreien wollte, schränkte man zunächst das Recht des Erben auf ein bloßes Näherrecht ein. Als die Erblosung später allgemein wurde, blieb sie doch nach dem Kreise der Näherberechtigten partikulär verschieden gestaltet. Auf das Gesamthandseigentum der Hausgemeinderschaften gehen der Ganerbenretrakt und die Teillosung zurück, Näherrechte, die von den Miteigentümern, Miterben oder den Eigentümern der Teile eines ursprünglich einheit-

lichen Grundstücks beim Verkaufe des Anteils eines Mitgemeinschafters geltend gemacht werden konnten.

In Nachbildung dieser gesetzlichen Näherrechte hat man endlich im Mittelalter auch vertraglich Vorkaufsrechte begründet, so vor allem zugunsten des Veräußerers oder eines Dritten bei der Übereignung oder Verleihung eines Grundstücks.

b) Rechtssätze. Dem Vorkaufsrecht wahrte die Öffentlichkeit des Übertragungsaktes seine dingliche Wirkung; beim gesetzlichen Näherrechte beruhte sie in der Publizität der Anwartschaft. Immer gab es daher einen Anspruch unmittelbar gegen den dritten Erwerber auf Übereignung des Grundstücks, nicht nur auf Schadenersatz gegen den veräußernden Eigentümer. Dieser Anspruch war bedingt durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Eigentümer, z. T. auch gegenüber dem Erwerber, daß er in den Kauf eintrete, und diese Erklärung wieder konnte nur unter der Bedingung abgegeben werden, daß der Eigentümer das Grundstück an einen schlechter Berechtigten verkauft hatte. Bei Kindskauf, Tausch, Schenkung war es regelmäßig ausgeschlossen. Die Erklärung war an eine Frist von Jahr und Tag, meist mit Kenntnisnahme vom Verkauf beginnend, gebunden; doch wurde z. T. die Ablehnung eines Kaufangebots an den Näherberechtigten als Verzicht auf das Näherrecht behandelt.

2. Neueres Recht. Trotz der Rezeption haben die Näherrechte sich erhalten, ja vermehrt. Die im Charakter der Zeit liegende Sprengung der mittelalterlichen Vermögensgebundenheit rief eine Reaktion hervor, die den Näherrechten zugute kam. So dehnte man sie z. T. auf das bewegliche Vermögen aus. Abschließungstendenzen des neueren Territorialstaats führten zum Territorialretrakt, der beim Grundstücksverkauf an Nichtlandsässige, an Juden, an die Tote Hand usw. eintrat. Nach dem Muster der Italiener suchte man eine Theorie der Retraktrechte zu entwickeln. Gemeinrechtliche Geltung erlangte freilich nur der im lombardischen Lehnrecht entfaltete Retrakt des Lehnsherrn und der Lehnsfolger bei einem Verkauf des Guts durch den Lehnsmann (retractus feudalis). Die Partikularrechte, z. B. noch das ALR., haben sich eingehend mit ihnen beschäftigt.

II. Die neueste Entwicklung. Seit dem 18. Jahrhundert wurden die Näherrechte als mittelalterliche, verkehrsfeindliche Bindungen des freien Eigentümers bekämpft. Schon die französische Revolution beseitigte sie völlig. Die meisten deutschen Staaten folgten in der Mitte des 19. Jahrhunderts, ohne in der Regel so radikal zu sein.

Das ABGB. ließ von gesetzlichen Näherrechten das Vorkaufsrecht der Kinder an der Fruchtnießung des überlebenden Ehegatten (1257), das BGB. das Vorkaufsrecht der Miterben bestehen (2034), das ZGB. weitergehend das der Miteigentümer (682). Daneben sind noch landesrechtlich Vorkaufsrechte in Geltung (EG. 64), so z. B. in Preußen zugunsten der Miterben bei Anerbengütern und zugunsten des Enteigneten. Vom BGB. selbst geregelt wurden dagegen das gewillkürte Näherrecht beim Grundstücksverkauf (sog. Vorkaufsrecht, 1094ff.), das vom BGB. wie schon vom ALR. und dem ABGB. 1073 als im Grundbuch eintragungsfähiges Recht vom obligatorischen Vorkaufsrecht unterschieden wird, mit dem es infolge der Zurückdrängung der öffentlichen Übertragungsformen im Liegenschaftsverkehr noch im 19. Jahrhundert vielfach zusammengeworfen war.

Neuestens hat man versucht, das Näherrecht als Waffe im Kampfe um eine soziale Bodenpolitik zu verwenden. So wurden Vorkaufsrechte gewährt duch das Reichssiedlungsgesetz vom 11. 8. 1919 an gemeinnützige Siedlungsunternehmen, um Siedlungsland beschaffen zu können, durch

das Reichsheimstättengesetz vom 10. 5. 1920 an den Heimstättenausgeber (Reich, Staat, Gemeinde usw.), um den Handel mit Heimstätten zu unterbinden. Die Landesgesetzgebung ist z. T. darüber erheblich hinausgegangen und hat damit die ihr gesetzten Schranken weit überschritten.

Schrifttum: Walch: Das Näherrecht, 1766. — Laband: Arch. ziv. Prax. 52 (1896), S. 151. — Steinhauser: Das Zugrecht nach den bündnerischen Statutarrechten, 1896. — Bruck: Jherings Jahrb. 79 (1928), S. 197.

III. Das Wiederkaufsrecht. Zum gleichen Zweck verwendet die neueste Siedlungsgesetzgebung auch ein gesetzliches dingliches Wiederkaufsrecht. Dagegen war dem Mittelalter und der bisherigen Landesgesetzgebung, für welche die preußischen Gesetze über Rentengüter (1890) maßgebend gewesen waren, nur ein kraft Vertrags entstandenes dingliches Wiederkaufsrecht bekannt, so ABGB. 1070. Der Wiederkauf setzte früheres Eigentum des Berechtigten, dagegen nicht Verkaufsabsicht des gegenwärtigen Eigentümers voraus; im übrigen finden die Sätze des Vorkaufsrechts Anwendung.

II. Abschnitt.

Rechtsverkehr und Rechtsschutz im Liegenschaftsrecht.

Erstes Kapitel.

Die Form der Liegenschaftsrechte.

§ 45. Der ältere Liegenschaftsbesitz. Die Gewere.

I. Bedeutung der Rechtsform im Liegenschaftsrecht. Rechtsverkehr und Rechtsschutz im Grundstücksrecht sind davon abhängig, daß die Sachenrechte äußerlich in die Erscheinung treten (Publizitätsprinzip). Das nackte dingliche Recht ist als abstrakter Begriff jugendlichen Völkern nicht erkennbar, es bedarf der Konkretisierung durch die Rechtsform der Gewere. An dieser hielt man auch fest, als man im späteren Mittelalter fähig wurde, das dingliche Recht außerhalb seiner äußeren Erscheinungsform zu erfassen, weil die Sichtbarkeit des Rechtes die Sicherheit des Rechtsverkehrs verbürgte. Im neueren Rechte hat das Grundbuch diese Publizitätsfunktion übernommen.

II. Begriff und Wesen der Grundstücksgewere.

1. Die Gewere ist die Rechtsform des dinglichen Rechts. Gewere hat, wer das dingliche Recht durch tatsächliche Beherrschung der Sache zu verwirklichen scheint. Das ist der, dem die Nutzung des Grundstücks zukommt; denn er ist offenbar der dinglich Berechtigte, er macht offenkundig von seinem Recht durch Nutzung Gebrauch. Nicht jede tatsächliche Sachherrschaft (corpus) ist also Gewere, sondern nur diejenige, die Ausdruck eines dinglichen Rechts zu sein scheint. Gewere fehlt daher dort, wo tatsächliche Sachherrschaft offenbar ohne dingliches Recht ausgeübt wird, selbst wenn der Inhaber Rechtsinhaber zu sein behauptet. Wer z. B. durch offenkundige Gewalt sich in die tatsächliche Herrschaft eines Grundstückes setzt, hat keine Gewere (Entwerung). Andererseits ist Gewere trotz Mangels wirklicher Berechtigung gegeben, wenn

nur der tatsächlichen Sachherrschaft offenbar ein dingliches Recht zugrundeliegt: der bloße Rechtsschein erzeugt hier die selbständigen Gewerewirkungen. Dabei urteilt das ältere Recht nach objektiven Kriterien: die subjektive Rechtsbehauptung, überhaupt der Wille des Inhabers kommt nicht in Betracht.

Gewere (ahd. giweri, weri) bedeutet Obhut, Besitz; die lat. Quellen sprechen von vestitura, investitura (Besitzübertragung). Im französischen Recht heißt sie saisine, im englischen seisin (von sazjan setzen).

2. Die Gewere ist aber nicht nur die Rechtsform des dinglichen Rechts, sondern insofern selbst ein Recht, als die Sachherrschaft selbständige Rechtswirkungen erzeugt. Als solches ist die Gewere daher übertragbar und vererblich. Der Erbe erwirbt unmittelbar mit dem Erbfall die Gewere an den Liegenschaften wobei der Erblasser selbst als der Übertragende angesehen wird (Der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif). Durch bloße Auflassung ohne körperliche Besitzeinweisung wird die Grundstücksgewere übertragen. Die Gewere geht daher auch nicht notwendig mit dem Verlust der tatsächlichen Sachherrschaft zugrunde: trotz gewaltsamer Entwerung besteht die Gewere fort.

Die Gewere ist also nicht der deutschrechtliche Ersatz des Sachenrechts (Albrecht), auch nicht nur das tatsächliche Gewaltverhältnis (Heusler), sondern die eine selbständige Rechtsposition verschaffende Form des Sachenrechts. So im wesentlichen Huber, Gierke.

III. Arten der Gewere.

1. Mittelbare und unmittelbare Gewere. Die Möglichkeit, die Grundstücksnutzung durch Leihe an mehrere zu verteilen, hat die mehrfache Gewere hervorgebracht: unmittelbare (ledigliche) Gewere hat, wer kraft Sachenrechts die natürlichen Früchte, mittelbare, wer Abgaben und Dienste aus dem Grundstück zieht. Doch wurde die mehrfach gestufte Gewere zunächst nur bei freien Leiheformen landrechtlich anerkannt, da bei der hof- und lehnrechtlichen Leihe die Gewere des Leihemanns nur hof- und lehnrechtliche Geltung hatte; erst das spätere Mittelalter brachte die landrechtliche Gleichstellung. Die bei der freien Leihe entwickelte Zinsgewere des Herrn wurde im Mittelalter allgemein verwandt wenn man eine Gewere durch bloße Bestellung eines Zinses (Rekognitionszinses) ohne Sachübertragung begründen wollte. So hat sich das Grundpfandrecht dieser Rechtsform in der Satzung mit Zinsgewere des Gläubigers (oben § 42, III) bedient. Aus der Möglichkeit mehrfacher Gewere ergab sich sodann die Scheidung der Eigengewere dessen, der eine Sache als ihm gehörig besitzt, und der beschränkten Gewere kraft begrenzter dinglicher Berechtigung.

2. Leibliche und sog. ideelle Gewere. Das ursprüngliche Erfordernis leiblicher Sachherrschaft ist für die Grundstücksgewere früh aufgegeben worden. So entstand die mittelbare, so die sog. ideelle Gewere (saisine de droit, Gegensatz: saisine de fait). Bei

der mittelbaren Gewere tritt die Sachbeherrschung durch Grundstücksnutzung noch in den Leistungen des unmittelbaren Besitzers in Erscheinung. Nicht so bei der sog. ideellen Gewere. Der Entwerte behält die Gewere, obwohl ihm jede Grundstücksnutzung entzogen wurde; durch Erbschaft erlangt der Erbe die Gewere, selbst wenn ein Nichtberechtigter sich des hinterlassenen Gutes bemächtigt; Zuweisung der Grundstücksgewere durch gerichtliches Urteil, Grundstücksübertragung durch gerichtliche Auflassung verschaffen auch ohne körperliche Besitzeinweisung die Gewere am Grundstück. Der Grund dieser Erscheinung liegt im Publizitätsgedanken. Sichtbar war hier freilich nicht wie sonst die dem dinglichen Recht entsprechende tatsächliche Sachherrschaft, wohl aber der das dingliche Recht begründende Umstand. Die gerichtlichen Akte, Urteil und Auflassung, und ebenso die Erbschaft waren kundbare Rechtsentstehungstatsachen. Ebenso ermöglichte die Kundbarkeit des früheren Besitzes und der gewaltsamen Entwerung die Fortsetzung der Gewere. Die ideelle Gewere wirkt beschränkter als die leibliche: nur gegenüber dem Entwerer, dem Nichterben, dem Auflassenden, dem Verurteilten (relative Wirkung).

3. Ruhende und anwartschaftliche Gewere ist Gewere ohne gegenwärtige Sachherrschaft, daher ohne gegenwärtige Wirkung. Die Gewere ruht, wenn ein dinglich Berechtigter kraft seines Rechts einem andern die Nutzung vorübergehend völlig entzieht. So ruht die Gewere des Eigentümers, solange ein Nutzpfand oder eine zinslose Leihe besteht. Anwartschaftliche Gewere hat, wem ein anwartschaftliches Sachenrecht zusteht; so besonders der Pfandgläubiger bei jüngerer Satzung. Mit Bedingungseintritt erhält die Gewere die Wirkung einer leiblichen.

4. Rechtsgewere. Soweit Rechte an Grundstücken selbst wie Grundstücke behandelt wurden, war auch an ihnen eine Gewere gegeben. Darüber hinaus erkannte man eine Rechtsgewere auch an solchen Grundstücksrechten an, die keine Sachgewere gaben, wie Zinsen und Renten.

5. Rechte Gewere entsteht, wenn eine durch gerichtliche Auflassung erworbene Gewere Jahr und Tag unangefochten bestanden hat. Fremde Rechte können dann infolge Verschweigung nicht mehr geltend gemacht werden: die Gewere ist unangreifbar geworden. Später ließ man über den Fall der gerichtlichen Auflassung hinaus auch bei sonstigem offenkundigem Gewereerwerb rechte Gewere entstehen.

IV. Die Wirkungen der Gewere.

1. Die Gewere dient der Rechtsverteidigung (Defensivwirkung), denn sie dient der Friedensordnung. Der in der Gewere verwirklichte Zustand ist des Friedensschutzes teilhaftig, denn von der Gewere schließt man auf das in ihr verkörperte Recht. Es wird vermutet, daß dem Inhaber der Gewere auch das in ihr erscheinende Sachenrecht zustehe. Jedwede Eigenmacht gegen die Gewere ist daher verboten; der Besitzer hat das Recht der Selbsthilfe oder der gerichtlichen Klage. Diese ist im älteren Recht Strafklage. Soll Gewere gebrochen werden, so bedarf es immer der gerichtlichen Klage. Aber auch im Prozesse ist die Rechtsstellung des Gewereinhabers bevorzugt: er steht in der Verteidigungsstellung und ist

daher näher am Beweise seines Rechtes. Der Kläger kann nur siegen, wenn dem Beklagten der Beweis mißlingt, oder wenn er selbst stärkere Gewere zu beweisen vermag. Berufen sich beide Parteien auf gleichstarke Gewere, wie z. B. bei Grenzstreitigkeiten, so muß die Person des Gewereinhabers festgestellt werden. Die Berufung auf stärkere Gewere kam zunächst bei ideeller Gewere vor. Auch dieser wurde die Defensivkraft zugesprochen. Indem aber z. B. der Entwerte seine ideelle Gewere gegen den Entwerer verteidigte, ging er zugleich klageweise gegen ihn auf Herstellung der ihm zukommenden leiblichen Gewere vor. So entstand die Offensivkraft der Gewere.

2. Die Gewere dient der Rechtsverwirklichung (Offensivwirkung). Die stärkere Gewere gibt ihrem Inhaber die Macht, eine schwächere Gewere im Klagewege zu beseitigen. So ist es bei ideeller Gewere; der wirkliche Erbe kann z. B. das ererbte Grundstück vom Erbschaftsbesitzer herausverlangen. So ist weiter nach Ausbildung der mehrfachen Gewere der Inhaber der Eigengewere berechtigt, die nur beschränkte Gewere zu brechen, z. B. die des Beliehenen, wenn die Leihezeit abgelaufen ist.

Endlich kann auch eine ruhende oder anwartschaftliche Gewere sich angriffsweise durchsetzen, wenn sie zur Wirksamkeit erstarkt ist.

3. Die Gewere dient der Rechtsübertragung (Translativwirkung). Die Übertragung eines dinglichen Rechtes ist nur in der Form der Übertragung der Gewere wirksam. Dazu gehörte nach altem Recht die Übertragung der leiblichen Gewere. Aber schon in fränkischer Zeit wird bei Liegenschaften die Übertragung der ideellen Gewere, im späteren Mittelalter weiter der Bucheintrag als genügend angesehen. War die übertragene Gewere mit einem Mangel behaftet, weil die subjektive Rechtsbehauptung dem objektiven Rechte nicht entsprach, so blieb sie auch in der Hand des Erwerbers mangelhaft. Der Mangel wurde nur geheilt, wenn rechte Gewere zur Entstehung kam.

Schrifttum: Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1828. — A. Heusler: Die Gewere, 1872. — E. Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894. — Bückling: Die Wechselwirkung gewererechtlicher und fronungsrechtlicher Elemente im Liegenschaftsrecht, 1911 (Beyerles Beitr. 6, 2). — E. Meyer: Zur Geschichte des Immobilienrechts in der deutschen Schweiz, 1921 (Gierkes Unters. 118).

§ 46. Der jüngere Liegenschaftsbesitz.

I. Mit der Rezeption drang der römische Besitzbegriff in Deutschland ein. Er unterschied sich von dem deutschen vor allem durch stärkere Betonung der tatsächlichen Gewalt (corpus), also Ablehnung der mehrfachen und ideellen Gewere, weiter durch Beschränkung auf den Fall des animus domini, so daß der Nichteigentümer (von gewissen Ausnahmen abgesehen) nur detentio hat (so noch ABGB. 309), endlich durch gleiche Behandlung des Mobiliar- und Immobiliarbesitzes. Aber schon in der italienischen Doktrin

und Praxis hatte das rezipierte Besitzrecht wesentliche Umgestaltungen im germanistischen Sinne erfahren, und dieser Prozeß setzte sich in Deutschland fort: er fand in den neueren Gesetzbüchern einen gewissen Abschluß. Die Scheidung von Liegenschafts- und Fahrnisrecht, die im gemeinen Besitzrecht völlig aufgegeben wurde, drang infolge der Ausbildung des Grundbuchwesens von neuem durch. Weiter konnte sich die römische Beschränkung des Besitzes auf den Eigentümer, dem nur Faustpfandgläubiger, Prekarist und Sequester gleichgestellt werden, nicht durchsetzen. Es wurde nicht nur das Besitzrecht des beschränkt dinglich Berechtigten allgemein anerkannt, sondern jede Sachherrschaft, die mit dem Willen, ein Recht für sich auszuüben, betätigt wurde, erschien als Besitz (ALR.: unvollständiger Besitz). So blieb auch ein mehrfacher Besitz anerkannt, den schon die mittelalterlichen italienischen Juristen unter die Begriffe der possessio naturalis (corpore) und civilis (animo) gebracht hatten. Auch die ideelle Gewere setzte sich fort wie in ABGB. (Mentalbesitz). Im Falle gewaltsamer Entsetzung aus dem Besitz wurde zeitweilig die Fortdauer des Besitzes anerkannt (ALR.). Die Erbengewere erhielt sich zunächst (so noch CC.), wurde aber durch das gemeinrechtliche Erfordernis besonderer Besitzergreifung verdrängt. Urteil und Auflassung begründeten zwar keinen Besitz mehr, doch gewährte die Eintragung ins Grundbuch einen gewissen Ersatz (besonders ABGB.: Tabularbesitz). Die rechte Gewere setzte sich in den Publizitätswirkungen des Grundbuchs fort. Eine reiche Entfaltung erlebte die Rechtsgewere; über die römische quasi possessio an Servituten hinaus wurde ein Rechtsbesitz an allen in dauernder Ausübung befindlichen Rechten anerkannt (ALR., ABGB. 311).

Nach römischer Auffassung ist aller Besitzerwerb (auch bei der Tradition) originär. Dagegen wurde schon im älteren gemeinen Recht und sodann besonders in den neueren Gesetzbüchern, deutschrechtlichen Anschauungen folgend, die Übertragbarkeit des Besitzes anerkannt (ALR., ABGB.). Der Besitz wird durch körperliche Übergabe übertragen. Doch kannten das römische wie das germanische Recht Ersatzmittel der Übergabe. Aus deren Vermengung hat die Theorie die traditio ficta (Gegensatz: traditio vera) als Besitzübertragung ohne leibliche Übergabe entwickelt. Mißverständlich wurde dabei die Übergabe durch Tradition der Schlüssel und der Urkunde als symbolische Tradition aufgefaßt.

II. Nach geltendem Recht ist der Besitz die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache (BGB. 854 Abs. 1; ZGB. 919). Das gilt für jede selbständige Sachherrschaft; nur der unselbständigen Innehabung wird der Charakter als Besitz abgesprochen (BGB. 855). Der Besitz kann daher Eigen- oder Fremdbesitz sein (BGB.; nach ZGB.; selbständiger und unselbständiger Besitz). Die mehrfache Gewere erscheint in den Formen des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes wieder (BGB. 868, ZGB. 920), die ideelle

im Erbenbesitz (BGB. 857, ZGB.560); der Rechtsbesitz ist auf Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten beschränkt. Dem Grundstücksbesitz ist die Funktion der Erscheinungsform des dinglichen Rechtes genommen; diese kommt dem Grundbucheintrag zu. Das ABGB. unterscheidet nach römischem Vorbild Besitz und Innehabung. Eine ideelle Gewere setzt § 352 fort; der Rechtsbesitz ist auf alle in dauernder Ausübung befindlichen Rechte erweitert, 311, 1459f.

Das englische Recht unterscheidet ähnlich wie das deutsche actual und legal possession. Für Grundstücke spricht man noch heute von seisin (an. freehold); hier hat sich die ideelle Gewere erhalten, besonders für den gesetzlichen Erben, der seine seisin in law durch Besitzergreifung (entry) in eine seisin in deed verwandelt.

Das geltende Recht anerkennt originären und abgeleiteten Besitzerwerb. Abgeleitet wird Besitz durch körperliche Übergabe oder durch Besitzvertrag erworben (BGB. 854 Abs. 2). Die körperliche Übergabe kann durch Übergabe eines die Sachherrschaft verschaffenden Mittels (z. B. eines Schlüssels), durch Zeichnung, Übergabe von Warenpapieren ersetzt werden (vgl. ABGB. 426ff.; ZGB. 922, 925).

Schrifttum: v. Savigny: Das Recht des Besitzes, 1803. — Bruns: Das Recht des Besitzes, 1848. — Biermann: Traditio ficta, 1891.

§ 47. Das Grundbuch.

I. Das mittelalterliche Recht.

1. Die Entwicklung in Köln. Seit 1135 wurden in den Kölner Sondergemeinden, zuerst in der Kaufmannspfarrei St. Martin, Schreinskarten, später Schreinsbücher zur Eintragung von Grundstücksgeschäften angelegt. Die Geschäfte selbst wurden auf dem Grundstück oder vor Gericht abgeschlossen, die Eintragung in die Karte war nur ein Protokoll über ein anderweit abgeschlossenes Geschäft. Sie diente nur der Beweiserleichterung, indem sie die in der Urkunde angegebenen Zeugen an den rechtsgeschäftlichen Vorgang erinnerte. Als Urkunde hatte sie für sich keinerlei Beweiskraft. Später wurden die Verfügungsgeschäfte häufig vor den Schrein verlegt. Die Schreinsbehörden prüften die Erwerbsvoraussetzungen und erteilten seit etwa 1200 ein amtliches Zeugnis über den Rechtserwerb. Die Eintragung wurde nun von einer Behörde innerhalb ihres Geschäftsbereichs ausgestellt; damit wurde sie zur öffentlichen Urkunde. Das mündliche Zeugnis der Amtleute verlor an Bedeutung, die Schreinseintragung selbst wurde das maßgebende Beweismittel. Unanfechtbar war sie freilich erst nach einer Verschweigungsfrist von Jahr und Tag; erst von diesem Moment an kann man von einer rechten Gewere und einem öffentlichen Glauben des Grundbuchs sprechen. Im 15. Jahrhundert ist die Eintragung als Konstitutivakt des Rechtserwerbs klar erkennbar: Einigung und Eintragung führen die Rechtsveränderung herbei. Es blieb in Köln bei einer chronologischen Eintragung der Rechtsgeschäfte. Erleichtert wurde die Übersicht durch die Einteilung der Stadt in zwanzig Schreinsbezirke.

2. Seit dem 13. Jahrhundert wurde die Kölner Einrichtung von anderen Fernhandelsstädten übernommen. Manche von ihnen haben das Rechtssystem des Grundbuchs erheblich verbessert. So wurden z. B. mehrere Bücher angelegt, eines für Auflassung, ein anderes für Pfand- und Rentengeschäfte. Bedeutsamer noch war die Entwicklung zum Realfoliensystem. Während man in Hamburg und München die Stadt in Grundbuchbezirke teilte, faßte man am frühesten in Danzig, später in Preßburg, alle ein und dasselbe Grundstück betreffenden Vermerke an einer Stelle des Buches zusammen. Die Bücher wurden nach Straßen und Grundstücken angelegt; jedes Grundstück erhielt ein besonderes Blatt. Die selbständige Bedeutung des Bucheintrags als Konstitutivakt wurde für die Auflassung in Lübeck, Bremen und Hamburg rechtens, für die Pfandsetzung in München und Wien. Die Eintragung wurde damit rechtliches Erfordernis der Rechtsveränderung. Diesen Grundsatz hatten schon die Landtafeln des böhmisch-mährischen Rechtskreises im 13. Jahrhundert durchgeführt.

II. Mit der **Rezeption** gelangten die freien Formen der römischen Immobiliarrechtsgeschäfte zur gemeinrechtlichen Geltung. Die Bedeutung der Grundbücher trat daher zunächst zurück. Doch blieben sie in den Partikularrechten meist bei Bestand, und die Neuzeit hat ihnen allmählich eine beherrschende Stellung zugewiesen. Erst jetzt wurde das System der Realfolien, seltener der Personalfolien, allgemein angenommen, wurden Grundbücher auch für das platte Land angelegt (in Österreich sog. Landtafeln). Doch beschränkten sich die meisten Staaten zunächst auf Pfandbücher, in die nur Pfandrechtsbestellungen, keine Übereignungen, Aufnahme fanden (Pfandbuchsystem, Preußen 1783). Erst seit Mitte des 19. Jahrhunderts wurde das Grundbuchsystem herrschend, nachdem auch die Rechtswirksamkeit der Eigentumsübertragung an die Eintragung im Grundbuche geknüpft war. Dabei gingen ältere Rechtsordnungen von dem Prinzip der formalen Rechtskraft des Grundbuchs aus: die formell gültige Eintragung verschafft auch ohne gültige Einigung das materielle Recht. Dagegen läßt das geltende Recht eine Rechtsänderung nur durch Einigung und Eintragung eintreten (materielles Konsensprinzip). Fehlt die Einigung, so wird das Recht nicht erworben; der Berechtigte kann von dem unrichtig Eingetragenen Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Doch wird der redliche Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt: zu seinen Gunsten gilt das Grundbuch als richtig (BGB. 892). Die Grundbücher werden heute nach Realfolien angelegt, nur ausnahmsweise nach Personalfolien. Das formelle Grundbuchrecht regelt die Reichsgrundbuchordnung (1897), die Einzelheiten das Landesrecht. Für Pflichtverletzungen der Grundbuchbeamten haftet der Staat ausschließlich (GBO. § 12, RVerf. 131). Die Grundbuchverfassung ist in Deutschland, der Schweiz und Österreich voll durchgeführt. England hat neuerdings den Grundbüchern ähnliche Register angelegt, Frankreich hat seine veralteten Register ganz beseitigt.

Seit dem 16. Jahrhundert kam es in einzelnen Teilen Englands zur Registrierung (enrolment) der Übertragungsurkunden (deed). Aber erst das Gesetz von 1897 führte nach deutschem Vorbild ein Grundbuch ein. Es ist bisher nur für London eingerichtet mit Eintragungszwang für alle Grundstücke. Im übrigen Land besteht nur ein Grundlastenregister. Nach dem Gesetz von 1925 kann das Grundbuch nach 1935 allgemein eingeführt werden. Die Eintragung verschafft absolute title, wenn eine Prüfung der Rechtsbestandigkeit vorausging; mißlang sie in einem Punkte, so verschafft sie qualified title, ohne Prüfung nur possessory title. In diesen Fällen bleiben die dem Recht des Veräußerers entgegenstehenden Rechte bei Bestand. Der öffentliche Glaube ist soweit beschränkt.

Schrifttum: Randa: Grünhuts Z. 6 (1879), S. 81. — Hoeniger: Kölner Schreinsurkunden des 12. Jh., 2 Bde., 1884—93. — Aubert: ZRG. G. 14 (1893), S. 1. — Rehme: Lübecker Oberstadtbuch, 1895; Geschichte des Münchener Grundbuchs, 1903; Stadtrechtsforschungen, 2 Bde., 1908, 1909; Grundbuchwesen in Berlin, Gierkefestschrift, 1911, S. 525ff.; Stadtbücher als Geschichtsquelle, 1913; Stadtbuchstudien, ZRG. G. 37 (1916), S. 1ff., **38** (1917), S. 450, **40** (1919), S. 1; Stadtbücher des Mittelalters 1, 1927. — K. Beyerle: Die deutschen Stadtbücher, Deutsche Geschichtsbl. 11 (1910), S. 145ff. — Kleeberg: Arch. Urk.-Forschung 2 (1910), S. 407. — Redlich: MIÖG. 32 (1911), S. 165; Die Privaturkunden des Mittelalters, 1911. — Aubin: Westd. Z. 31 (1912), S. 195. — Strippel: Die Währschafts- u. Hypothekenbücher Kurhessens, 1914 (Heymanns Arb. 24). — His: Zur Geschichte des Basler Grundbuchs, 1915. — Kovats: ZRG. G. 39 (1918), S. 45; 40 (1919), S. 1. — Heymann: HWB. d. StW., V, 1923[4], Art. Hypothekenbücher. — Schubert: ZRG. G. **45** (1925), S. 250. — Lüdicke: Berliner Grundbücher, 1924. — K. Beyerle: Quellenreihe zur Geschichte des älteren Kölner Schreinswesens, 1930; Jahresbericht der Görres-Ges. 1929/30, Sonderdruck (1930). — Planitz: Konstitutivakt und Eintragung in den Kölner Schreinsurkunden des 12. und 13. Jahrh., Festschrift für Schultze, 1934. — Conrad: Liegenschaftsübereignung und Grundbucheintragung in Köln während des Mittelalters, 1935. — Planitz und Buyken: Die Kölner Schreinsbücher des 13. und 14. Jh., 1937.

Zweites Kapitel.

Erwerb und Verlust der Liegenschaftsrechte.

§ 48. Ursprünglicher Erwerb und Verlust der Liegenschaftsrechte.

I. Eigentumserwerb durch Aneignung (Okkupation). Die eigenmächtige Inbesitznahme herrenlosen oder eroberten Landes (Landnahme) ist die älteste Form ursprünglichen Eigentumserwerbs an Grundstücken. Sie begründet Kollektiveigentum, soweit das Volk oder engere Verbände okkupieren, Individualeigentum, soweit der einzelne Volksgenosse durch Rodung in der Volks- oder Markallmende die Landnahme vollzieht. Jeder Volksgenosse war ursprünglich berechtigt, herrenloses Land im Volksgebiet sich so anzueignen: er machte damit das dem ganzen Volke zustehende Herrschaftsrecht geltend. Dieses Herrschaftsrecht nahm seit fränkischer Zeit der König für sich in Anspruch: er gestaltete es zu einem ausschließlichen königlichen Aneignungsrechte. Jede Okkupation durch Rodung bedurfte nun königlicher Genehmigung. Im Mittelalter versuchten die Könige ohne endgültigen Erfolg, ihr Recht zu einem königlichen Bodenregal auszugestalten. In der Hand der

Landesherrn erheblich gesteigert, ist das Aneignungsrecht in neueren Partikularrechten zum staatlichen Eigentum an allen nicht im Privateigentum stehenden Grundstücken umgewandelt worden; das ist noch der Standpunkt des französischen Rechts. Doch ist das ALR. und das BGB. zum staatlichen Aneignungsrecht an herrenlosen Grundstücken zurückgekehrt (so auch das englische Recht); der Fiskus erwirbt heute Eigentum durch Eintragung in das Grundbuch (BGB. 928, EG. 190). Landesrechtliche Aneignungsrechte anderer Personen (Städte, Rittergüter) bleiben bestehen (EG. 129). Die freie Okkupation herrenlosen Landes des römischen und gemeinen Rechts ist beseitigt.

II. Die Enteignung.

1. Geschichte. Eine Enteignung war dem älteren deutschen Recht unbekannt. Am frühesten trat sie in den Städten ein, die seit dem 14. Jahrhundert im gemeinen Interesse, z. B. zwecks Mauerbau, Feuerverhütung, in das Privateigentum eingriffen. Ähnliches entstand im Berg- und Deichrecht. Eine theoretische Grundlegung der Enteignung schuf erst das Naturrecht, das sie auf das Hoheitsrecht des Staates (jus eminens des Hugo Grotius) zurückführte und wegen der Unverletzlichkeit des Privateigentums justa causa und volle Entschädigung des Enteigneten verlangte (Montesquieu). Diese Grundsätze wurden zuerst in England, dann 1789 in Frankreich durchgeführt; das grundlegende französische Gesetz von 1810 verlangte richterlichen Ausspruch der Enteignung. In Deutschland hatten bereits die Kodifikationen, besonders ALR. und ABGB., die naturrechtlichen Sätze aufgenommen. Im 19. Jahrhundert wuchs die Bedeutung der Enteignung infolge des Ausbaus der Eisenbahnen erheblich; sie wurde in zahlreichen Landesgesetzen geregelt (Preußen 1874, Österreichisches Eisenbahn-Expropriierungsgesetz 1878). Das EG. 109 behielt das Enteignungsrecht dem Landesrechte vor. Nach RV. Art. 7, Ziffer 12 gehört das Enteignungsrecht zur konkurrierenden Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung. Vgl. ZGB. 711 ff.

2. Rechtssätze des geltenden Enteignungsrechts. Die Enteignung ist nur zulässig, wenn sie zum Wohle der Allgemeinheit erfolgt, RV. Art. 153 Abs. 2, 155 Abs. 2, ABGB. 365. Gegenstand der Enteignung ist in der Regel das Grundeigentum, kann aber auch jedes andere dingliche Recht nebst dem Miet- und Pachtrecht sein. Die Enteignung erfolgt durch den Staat zugunsten des Staates oder einer anderen Person (des Unternehmers). Durch einen Verwaltungsakt wird dem Unternehmer ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Enteignung zugesprochen. In geordnetem Verwaltungsverfahren wird sodann der Enteignungsgegenstand und die Entschädigung festgesetzt; wegen der Angemessenheit der Entschädigung können die Gerichte angerufen werden, RV. Art. 153 Abs. 2. Das Verfahren schließt mit dem Enteignungsausspruch der Behörde. Dieser hat die dingliche Rechtsänderung ohne Grundbucheintragung zur Folge; er ist ein öffentlich-rechtlicher Akt mit privatrechtlichen

Wirkungen. Der bisher Berechtigte verliert das Recht; der Unternehmer erwirbt es originär. In Österreich geht das Eigentumsrecht erst mit Zahlung oder Sicherstellung über.

Schrifttum: Layer; Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902. — Holtze: Forschungen z. brandenb. u. preuß. G. 31 (1920), S. 140. — Martin Wolff: Reichsverfassung und Eigentum, Festg. f. Kahl, 1923. — Triepel: Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien, ein Rechtsgutachten, 1924. — Wittmayer: HWB. Staatsw. III, 1926[4], S. 730.

III. Die Ersitzung. Dem deutschen Recht war eine Ersitzung von Liegenschaftseigentum fremd. Erst durch die Rezeption wurde sie in das gemeine Recht und in viele Partikularrechte aufgenommen, und zwar in der Form der römisch-kanonischen Theorie, wonach der Erwerb auf Grund eines titulierten gutgläubigen Besitzes in 10 bzw. 20, auf Grund eines gutgläubigen Besitzes in 30 Jahren stattfindet. Durch das Grundbuchwesen wurde sie in den neueren Partikularrechten verdrängt; die eingetragenen Rechte, mindestens aber das Grundeigentum (so Preußen 1872) waren unersitzbar. Dagegen wurde zugunsten des fälschlich als Eigentümer eingetragenen Eigenbesitzers eine Tabularersitzung kraft dreijährigen Besitzes entwickelt (ABGB.), die auch das BGB. 900 und das ZGB. 661 ff. kennen. Weiter läßt das BGB. für den Eigenbesitzer einen Eigentumserwerb durch Aufgebot des Eigentümers zu, 927. Seit 1871 besteht in Österreich eine Tabularverschweigung; nach 30 bzw. 40 Jahren ist keine Löschungsklage mehr zulässig.

§ 49. Abgeleiteter Erwerb der Liegenschaftsrechte.

Abgeleiteter Eigentumserwerb an Grundstücken tritt ein durch Erbgang (darüber unten § 101) und insbesondere durch Übertragung unter Lebenden.

I. Fränkische Zeit und Mittelalter.

1. Die außergerichtliche Auflassung. Im älteren Recht wird die Eigentumsübertragung durch Einigung und körperliche Investitur auf dem Grundstücke vollzogen. Sie erfolgt als einheitliche Handlung in solenner Form und vor Zeugen. Begrifflich sind zwei Akte zu sondern: die sala und die vestitura. Die sala (traditio, gabe) ist die Einigung über den Eigentumsübergang. Sie wird in feierlicher Form erklärt und durch Übergabe von Grundstücksteilen (Scholle, Span), häufig auch eines Herrschaftssymbols (Handschuh, Hut, Speer) sichtbar gemacht. Die vestitura (gewere, fertigung) ist die Übergabe des Grundstücks. Sie beginnt mit der Grenzbegehung und vollzieht sich durch Besitzeinweisung des Erwerbers durch den Veräußerer, der feierlich das Grundstück räumt (exitus), sowie durch Besitzergreifung des Erwerbers, die in symbolischen Handlungen dargestellt wird (sessio triduana). Noch in fränkischer Zeit wurde es zulässig, die dingliche Einigung außerhalb des Grundstücks vorzunehmen. Dann bedurfte es eines Besitzräumungsvertrages (exitum se dicere, resignatio, uplatinge), der unter Hingabe oder Schoßwurf einer festuca (exfestucatio, Verschießen) abgeschlossen wurde. Diese „Auflassung" gibt dann dem ganzen Geschäft ihren Namen (Auflassung mit Halm und Mund). Da hier die körperliche Investitur fehlt, spricht man auch von symbolischer Investitur. Zur

Stätigung der Auflassung gab der Erwerber seit alters den Geschäftszeugen eine Gastung von Wein und Beikost (vinum testimoniale), woran die Armen und die Kirche beteiligt wurden. Weinkauf und Gottespfennig traten später an die Stelle der Gastung, endlich eine Geldtaxe, soweit eine Behörde allein noch zum Zeugnis berechtigt war.

Vielfach war weiter eine Vermischung mit der vulgarrechtlichen traditio per cartam, der Übereignung durch Urkundenbegebung, eingetreten. Mit der carta wurden Grundstücksteile und Herrschaftssymbole hingelegt und aufgenommen (cartam levare). Im englisch-normannischen Recht wurde die Belehnung (feoffment) allgemein üblich: an die Investitur schloß sich eine reale Besitzanweisung (livery of seisin), wobei auf dem Grundstück nebst Investitursymbolen eine Geschäftsurkunde (deed) feierlich überreicht wurde. Seit dem 16. Jahrhundert wesentlich verändert (Entwicklung der lease and release), ist doch die traditio per cartam die in England noch heute maßgebende Form.

2. Die gerichtliche Auflassung. Sie hat einen Vorläufer in der prozessualen Auflassung des fränkischen Königsgerichts. Wer hier zur Herausgabe eines Grundstücks verurteilt wurde, hatte sofort vor Gericht dem Gegner Investitur (revestitio) und Auflassung zu erteilen; das Gericht fertigte dem Kläger eine unscheltbare Königsurkunde (placitum) aus. Die Beweisvorteile dieser Urkunde sicherte man sich auch in unstreitigen Fällen durch Scheinprozesse, die der Veräußerer den klagenden Erwerber gewinnen ließ. Dieses Verfahren wurde von den Volksgerichten übernommen; es wurde die Grundlage der mittelalterlichen gerichtlichen Auflassung. Eines Scheinprozesses bedurfte es nun nicht mehr (in England erhielt er sich bis in das 19.Jahrhundert). Vielmehr konnte die Eigentumsübertragung als solche vor Gericht vollzogen werden, und das Gericht erließ sodann auf Ansuchen des Erwerbers ein Urteil, das die Rechtmäßigkeit der Eigentumsübertragung bestätigte. Indem weiter die Wirkung der Eigentumsübertragung an das Urteil geknüpft wurde, entstand aus der Auflassung vor Gericht die gerichtliche Auflassung. Dieses Auflassungsurteil bot zunächst die Beweisvorteile des Gerichtszeugnisses; auch verschaffte es dem Erwerber die ideelle Gewere. Dazu trat endlich auf Grund eines Aufgebotsverfahrens die rechte Gewere des Erwerbers. Der Richter forderte dreimal auf, Einsprüche gegen die Veräußerung geltend zu machen, und wirkte, wenn niemand widersprach, dem Erwerber Frieden. Anwesende verschwiegen sich damit sofort, Abwesende, wenn sie nicht binnen Jahr und Tag ihren Einspruch vorbrachten. Die Wahrung dieser Einspruchsrechte gab neben den prozessualen Vorteilen der gerichtlichen Auflassung den Grund für die weite Verbreitung der Gerichtlichkeit im Stadt- und Landrecht ab; außerdem machten die neuen Gerichtsherren wegen der öffentlich-rechtlichen Bedeutung des Grundes und Bodens die gerichtliche Auflassung obligatorisch. Im Lehn- und Hofrecht mußte jede Auflassung im Gericht des Herrn erfolgen. So war die gerichtliche Auflassung seit dem 13. Jahrhundert herrschend.

3. Die Eintragung im Grundbuch. In Köln wurden die zur Übertragung erforderlichen Akte aus dem Grundstück vor dem Schrein vor die dort versammelte Gemeinde und dann vor die Amtleute verlegt. Die Eintragung in die Schreinskarte wandelte sich allmählich zum Perfektionsakt des Verfügungsgeschäftes. Norddeutsche Städte, wie Lübeck, Bremen und Hamburg gestalteten die Auflassung vor dem Rat mit nachfolgender Eintragung zu gleicher Wirkung. Wie bei der gerichtlichen Auflassung konnten auch in diesem Verfahren die Folgen der rechten Gewere erzielt werden.

II. Durch die Rezeption wurde der römische Satz, daß Liegenschaften durch formlose Tradition übereignet werden, zum gemeinen Recht. Die Partikularrechte nahmen ihn nur vereinzelt und im deutschrechtlichen Sinne umgestaltet auf. Aus römischen und deutschen Grundlagen wuchsen zahllose Übertragungsformen heraus.

a) Traditionssystem. Das Eigentum geht durch formlose Tradition über. Aber ihre Wirksamkeit hängt meist davon ab, daß der Veräußerungsvertrag vom Richter bestätigt oder nach Prüfung in ein Gerichtsbuch eingetragen wurde (Kurhessen, Solms, Braunschweig u. a.). Ein weit verbreitetes System läßt das Eigentum auf gleiche Weise durch Tradition auf Grund formellen Vertragsschlusses übergehen, verlangt aber die Eintragung des Eigentumsübergangs im Hypothekenbuch, wenn das Grundstück belastet werden soll. Hier entsteht doppeltes Eigentum: materielles durch die Tradition, formelles durch den Eintrag. Der Bucheigentümer kann belasten, aber nicht veräußern. So Preußen seit ALR. bis 1872, Bayern, Württemberg bis 1900.

b) System der gerichtlichen Auflassung. Das Eigentum wird deutschem Recht gemäß durch gerichtliche Auflassung übertragen. Sie erscheint im gemeinen Sachsenrecht als Allodialinvestitur: der Veräußerer läßt dem Richter auf, dieser investiert den Erwerber. Der Bucheintrag erscheint häufig als bloße Beurkundung, mehrere Stadt- und Landrechte fordern ihn aber als rechtsübertragenden Akt (Lübeck, Hamburg, Berlin, München, österreichisches Landtafelrecht).

c) Transskriptionssystem. Das Eigentum geht durch den Vertragsschluß über. So das französische Recht (CC. 1583). Zur Wirkung gegen Dritte wird eine Vertragsabschrift in ein richterliches Register aufgenommen. Dieses System war in den deutschen Ländern französischen Rechts bis 1900 modifiziert in Kraft.

III. Im 19. Jahrhundert drang die deutsche gerichtliche Auflassung und besonders der Grundbucheintrag wieder stärker vor. Von ausschlaggebender Bedeutung wurde das österreichische Grundbuchgesetz von 1871 und das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872. Das Eigentum wird „nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erworben", § 1. Sala und investitura leben in Einigung und Eintragung wieder auf; der dingliche Vertrag abstrahiert von dem obligatorischen Veräußerungsgeschäft. Das BGB. (nebst der GBO.) und das

ZGB. haben diese Gedanken übernommen, vgl. BGB. 873, 925; ZGB. 656, 971. Infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wird Eigentum auch vom eingetragenen Nichteigentümer übertragen, wenn nicht dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch eingetragen war, BGB. 892. In Österreich spricht man von der Aufsandung, ABGB. 433—35.

Schrifttum: Stobbe: Die Auflassung des d. Rechts, Jherings Jahrb. 12 (1872), 137ff. — Sohm: Zur Geschichte der Auflassung, Straßb. Festgabe für Thöl, 1879, S. 79f. — Brunner: Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde I, 1880. — K. Beyerle: Grundeigentumsverhältnisse u. Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz I, 1890; vgl. auch Urkundenfälschungen des Kölner Burggrafen Heinrich III. v. Arberg, 1913 (Beyerles Beitr. 9, 4). — Schneider: Friedewirkung u. Grundbesitz in Markt u. Stadt (Beyerles Beitr. 8, 3). — Merk: Die Grundstücksübertragung nach dem alemannischen Volksrecht, 1932. — Schmidt: Die Auflassung im Mittelalter nach mittelrheinischen Rechtsquellen, 1932. — F. Beyerle: Weinkauf und Gottespfennig, Schultze-Festschrift 1934, S. 251. — Richter: Die Grundstücksübereignung im ostfälischen Sachsen, 1934. — Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940. — Dazu zahlreiche Einzeluntersuchungen bes. von Goerlitz (Breslau), Dyckerhoff (Dortmund) in Beyerles Beitr. 1, 2; 3, 1; Loening (Lübeck), Böckel (Sachsen-Weimar-Eisenach) in Gierkes Unters. 93, 109; Luise v. Winterfeld u. Meininghaus in Beitr. Dortmund 32 (1925), S. 5 u. 145, 35 (1928), S. 5 u. 118; Jäger (Bremen) 1928. — Merk (Meersburg): ZRG. G. 55 und 56, 1935 und 36. — Mayer-Edenhauser (Freiburg im Breisgau) 1937.

Drittes Kapitel.

Der Schutz der Liegenschaftsrechte.

§ 50.

I. Das ältere Recht. Der Schutz des Liegenschaftsrechts ist in älterer Zeit identisch mit dem Schutze der Gewere. Dieser ist im germanischen Recht ein deliktischer. Bruch der Gewere gewährt dem Verletzten Selbsthilfe oder Strafklage. Doch ist der Gewereschutz schon in fränkischer Zeit gegenüber der Strafklage selbständig ausgestaltet worden. Auf diesem Standpunkte hat auch das Mittelalter beharrt. Eine selbständige Eigentumsklage hat das Mittelalter der Klage aus der Gewere nicht entgegengestellt. Häufig mußte im Prozesse die Person des Gewereinhabers festgestellt werden, bevor es zur Hauptentscheidung kommen konnte, so besonders bei gleich starker Gewere oder bei ideeller Gewere. Der Zweck dieses Vorverfahrens war, den Parteien ihre Prozeßlage im Streit um das Recht selbst zuzuweisen. Prozessual handelte es sich um ein dem Prozeß um das Recht selbst angehöriges Zwischenverfahren. Eine selbständige Besitzschutzklage war dem Mittelalter unbekannt; immerhin hat das Spätmittelalter auf der Grundlage dieses Zwischenverfahrens, vom kanonischen Recht beeinflußt, hierfür die Grundlage geschaffen.

II. Durch die Rezeption kam der römische Eigentumsschutz in Form der rei vindicatio und der actio negatoria zu

allgemeiner Geltung. Ihn haben auch die neueren Gesetzbücher angenommen. Weiter wurde zum Schutze des Ersitzungsbesitzes allgemein die publizianische Klage anerkannt, während nur vereinzelt eine besondere Besitzrechtsklage aus besserem Besitz zugelassen wurde.

Neben die Klage aus dem Recht stellten sich nun in Anlehnung an die römischen Interdikte selbständige Besitzklagen, die aber durch die mittelalterliche Jurisprudenz und später durch die deutsche Praxis, deutschen Rechtsanschauungen folgend, petitorische Elemente in sich aufnahmen. Das ursprünglich rein possessorische interdictum uti possidetis entwickelte sich zum possessorium ordinarium, in welchem Einreden aus dem besseren Recht zum Besitz erhoben werden konnten. Zu seiner Ergänzung wurde in dem possessorium summariissimum ein rein possessorisches Rechtsmittel, daß nur der vorläufigen Regelung des Besitzstandes diente, geschaffen. Das gleichfalls possessorische interdictum unde vi wurde durch das kanonische Recht zur Spolienklage verwandelt, die in allen Fällen der Besitzentziehung zugelassen wurde und petitorische Einwendungen gestattete.

III. Das geltende Recht hält wieder Eigentums- und Besitzklage streng auseinander. Während die Eigentumsklage (BGB. 985) nebst der Eigentumsstörungsklage (1004) petitorischen Charakter haben, gewähren die Besitzklagen, römischem Recht entsprechend, einen rein possessorischen Schutz (BGB. 863). Er ist gerichtet gegen Besitzentziehung (BGB. 861, ZGB. 927) und Besitzstörung (BGB. 862, ZGB. 928). Außerdem gewährt der Besitz das Recht der Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht (BGB. 858 ff., ZGB. 926 ff.). In Österreich besteht neben der Eigentumsklage aus 367 eine solche aus dem rechtlich vermuteten Eigentum des Klägers (372) sowie eine Eigentumsfreiheitsklage (523).

Schrifttum: Hübner: Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit, 1893 (Gierkes Unters. 42).

Dritter Teil.

Das Fahrnisrecht.

I. Abschnitt.

Arten und Inhalt der Fahrnisrechte.

§ 51. Das Fahrniseigentum.

Schon die frühesten Zeiten lassen an Fahrhabe ein Sondereigentum als volles Sachherrschaftsrecht zu, und zwar zuerst an den Gegenständen des persönlichen Gebrauchs, die dem Eigentümer in das Totenreich folgen. Alle übrige Fahrhabe, besonders das Vieh, unterliegt in geschichtlicher Zeit nur einer Bindung in der Hausgemein-

schaft, und auch von dieser hat sie sich im Mittelalter völlig befreit. Das Fahrnisrecht gewährte nun dem Eigentümer völlige Einwirkungs- und Verfügungsfreiheit; die Unzulässigkeit von Verfügungen im Siechbett bedeutete keine Eigentumsschranke. Die Bildung von Fahrhabevermögen in den Städten hat den individualistischen Grundzug des deutschen Fahrniseigentums weiter gekräftigt; diese Bewegung setzte sich, durch die Aufnahme des römischen Rechts und die Ausbildung der modernen kapitalistischen Wirtschaft gefördert, bis zur Gegenwart fort. Die neuere Richtung auf Beschränkung des Eigentumsinhalts hat das Fahrniseigentum kaum angetastet.

§ 52. Begrenzte dingliche Rechte an Fahrnis, insbesondere das Fahrnispfandrecht.

Begrenzte dingliche Rechte an Fahrnis ließ das deutsche Recht in unbestimmter Zahl zu. Voraussetzung war leibliche Gewere. Jedes Nutzungs- oder Verfügungsrecht an einer Sache, in einer Gewere verkörpert, war als dingliches Recht anerkannt. Diese Anschauung teilte noch das ALR. Dagegen läßt das BGB. nach römischem Vorgang nur noch Nießbrauch und Pfandrecht zu, fordert aber für beide Besitz.

I. Das mittelalterliche Fahrnispfandrecht ist gesetztes oder genommenes Pfand.

1. Das gesetzte Pfand (die Wette, ahd. weti, mhd. wedde, lat. vadium), ist

a) Faustpfand: der Gläubiger erhält die leibliche Gewere: ohne Faust kein Pfand. Hierbei erhielt der Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht, das sich für den Fall der nicht rechtzeitigen Leistung in Eigentum verwandelte. Das Pfand war also stets Verfallpfand, Strafpfand, also Substanzpfand. Bis zur Verfallzeit hatte der Verpfänder das Einlösungsrecht, aber keine Einlösungspflicht. Für Delikte des Pfandes hatte der Eigentümer zu haften. Bei der Auslösung mußte das Pfand in unversehrtem Zustande herausgegeben werden. Der Pfandgläubiger hatte als Treuhänder die Pflicht zur Verwahrung und Erhaltung des Pfandes, er trug die Gefahr. Durch die Hingabe des Pfandes wurde zwar nicht die Schuld des Schuldners getilgt, aber für sie haftete nunmehr ausschließlich das Pfand (reine Sachhaftung). Bei zufälligem teilweisen oder völligen Untergang der Pfandsache konnte der Gläubiger keine anderweitige Sicherung verlangen. War das Pfand geringwertiger als die Forderung, so konnte der Gläubiger den Minderwert nicht nachfordern; war es hochwertiger, so brauchte er einen Mehrwert nicht herauszugeben.

Im Mittelalter ist das Recht des Pfandgläubigers ein beschränktes dingliches Recht an der Pfandsache. Seine Gefahrtragung für zufälligen Untergang wird beseitigt, zunächst bei essenden, dann auch bei anderen Pfändern. Weiter wird es seit dem 13. Jahrhundert üblich, daß der Schuldner durch Geloben

zum Pfande der Pfandsetzung die reine Sachhaftung nimmt; allmählich wird die Fortdauer der schuldnerischen Haftung neben dem Pfand gesetzliche Regel: das Pfand wird akzessorische Sicherung der Forderung. Damit verschwindet die Gefahrtragung des Pfandgläubigers völlig; wegen jeder unverschuldeten Wertverringerung des Pfandes bleibt das Vermögen des Schuldners seinem Zugriff ausgesetzt. Zugleich entsteht ein besonderes Befriedigungsverfahren. Das Pfand verfällt dem Gläubiger nicht mehr unmittelbar, sondern wird ihm vom Richter übereignet. Meist aber wird nun verlangt, daß der Gläubiger das Pfand für den Pfandschilling versetze oder daß er sich aus dem Erlöse des Pfandverkaufs befriedige (Verkaufspfand). Der Wert der Forderung des Gläubigers bestimmt seinen Anspruch im Befriedigungsverfahren. Was er darüber hinaus erzielt, muß er dem Schuldner herausgeben, was ihm noch fehlt, dafür haftet ihm der Schuldner mit seinem Vermögen. Mißlingt der Verkauf, so wird das Pfand dem Gläubiger zum Schätzungswert übereignet.

b) Die sog. neuere Satzung an Fahrnis stellte sich in den Städten lübischen Rechts, in Frankfurt und der Schweiz im Spätmittelalter neben das ältere Faustpfand. Ein Bedürfnis, eine bewegliche Sache ohne Übertragung leiblicher Gewere verpfänden zu können, bestand besonders für Schiffe und für Sachen, die ihrer Natur nach schwer oder nur mit wirtschaftlichen Nachteilen dem Gläubiger übergeben werden konnten. Die Gewereübertragung wurde nach dem Vorbild der neueren Liegenschaftssatzung ersetzt durch einen öffentlichen Formalakt vor Solennitätszeugen, vor Gericht oder Rat, später auch durch einen Eintrag im Stadtbuch. Damit war auch die Möglichkeit zu mehrfachen Verpfändungen gegeben, deren Gefahr durch die Publizität der Verpfändung vermindert wurde. Ein besitzloses Fahrnispfandrecht war dem Mittelalter unbekannt.

Schrifttum: Vgl. oben zu § 42. — Herb. Meyer: Neuere Satzung von Fahrnis u. Schiffen, 1903.

2. Das genommene Pfand (and. pant) entsteht ursprünglich durch eigenmächtige Inbesitznahme schuldnerischer Fahrhabe durch den Gläubiger. Der Gläubiger ist nach Konstatierung der Zahlungssäumnis des Schuldners zur Wegnahme ohne weiteres berechtigt, später wird er an richterliche Erlaubnis und Mitwirkung gebunden, bis endlich im Spätmittelalter gerichtliches Urteil und Pfändung durch den Geichtsboten erfordert wird. Das Recht des Gläubigers am genommenen Pfand ist in älterer Zeit kein Pfandrecht, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht: die Pfandnahme ist ein Mittel, den Schuldner zur Erfüllung zu zwingen, der Gläubiger ist bei ihr an den Betrag der Forderung nicht gebunden. Das Eigentum des Gepfändeten besteht, wenn auch ohne Rechtsschutz, weiter, der Gläubiger hat weder Verfügungsmacht noch Gebrauchs- oder Nutzungsrecht am Pfande. Er muß das Pfand verwahren und erhalten wie sein eigenes Gut; er trägt die volle Gefahr des Pfandes. Wird das Pfand ausgelöst, so hat er auch bei zufälligem Untergang des Pfandes vollen Wertersatz zu leisten. Selbst für Delikte der Pfandsache hat er voll zu haften, da die Pfandnahme ein Handeln auf eigene Gefahr bedeutet. Allmählich treten diese Ideen zurück. Die Pfandnahme erscheint als gesetzmäßiges, auf Befriedigung

des Gläubigers zielendes Verfahren. Der Gläubiger erlangt ein Pfandrecht nach Art des gesetzten Pfandes. Er bleibt zwar zur Verwahrung und Erhaltung des Pfandes verpflichtet, aber der Schuldner trägt die Gefahr, nur für verschuldeten Schaden haftet der Gläubiger. Bei Nichtauslösung verfällt nun das Pfand dem Gläubiger zu seiner Befriedigung, wobei durch Pfandschätzung erreicht wird, daß der Gläubiger nicht mehr oder weniger erhält, als ihm zukommt; meist aber hat der Gläubiger das Pfand zu versetzen oder unter richterlicher Kontrolle, später durch eine öffentliche Person, zu verkaufen. Auch beim genommenen Pfande entwickelt das Spätmittelalter der sog. neueren Satzung entsprechende Formen, indem auch hier dem Gläubiger eine Pfandgewere ohne tatsächliche Innehabung durch bloße Einhaltung einer Publizitätsform (Hinterlegung bei Gericht, beim Wirt) gewährleistet wird.

Schrifttum: Planitz: Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd. 1: Die Pfändung, 1912.

II. Das neuere Fahrnispfandrecht.

1. Die rezipierte römische Mobiliarhypothek lag insofern in der Linie der deutschrechtlichen Entwicklung, als schon das spätere Mittelalter, wie die neuere Satzung zeigt, nach einem besitzlosen Pfande zielte. Ebenso lag es, wenn nun der Pfandverfall infolge des römischen Verbots der lex commissoria völlig verschwand, wenn römischem Recht gemäß an Stelle der reinen Sachhaftung die subsidiäre Vermögenshaftung des Schuldners trat, das Pfandrecht streng von der persönlichen Haftung abhängig wurde. Verhängnisvoll aber wurde die Aufnahme der Mobiliarhypothek, insofern, als durch die formlose Bestellung besitzloser Pfänder, durch die Möglichkeit mehrfacher Verpfändungen, durch die Aufnahme der römischen gesetzlichen Pfandrechte und Generalhypotheken der Realkredit untergraben wurde. Die Partikularrechte haben daher z. T. am deutschen Recht festgehalten oder das römische nur modifiziert aufgenommen. So verlangten sie für die Pfandbestellung eine Urkunde, ließen ein jüngeres Faustpfand der Hypothek vorgehen, gaben der Hypothek keine Wirkung gegenüber einem redlichen Besitzer, verlangten richterliche Kontrolle des Pfandverkaufs. Seit dem 18. Jahrhundert haben sie die Mobiliarhypothek, meist auch die Generalhypotheken, wieder beseitigt (Preußen 1722, ALR., ABGB.). Das Pfand ist Faustpfand, es bedarf körperlicher Übergabe der Sache, vielfach auch der Ausstellung einer Urkunde. Im geltenden Recht ist neben dem Faustpfand die Verpfändung durch Übergabe von Traditionspapieren, nicht durch Besitzkonstitut, möglich; doch genügt Übertragung des mittelbaren Besitzes oder des Mitbesitzes (BGB. 1205, 1206; vgl. ZGB. 885 ff.). Gesetzliche Pfandrechte sind in zahlreichen Formen aufgenommen, Generalpfandrechte dagegen beseitigt. Die Befriedigung erfolgt durch Pfandverkauf, den der Gläubiger unter Beobachtung bestimmter Formen (wie im späteren Mittelalter) selbst vornimmt. Das Verfallpfand ist verschwunden (BGB. 1229).

Die neuere Satzung an Schiffen erhielt sich. Die gemeinrechtliche Schiffshypothek wurde in den meisten Seestaaten

durch ein besitzloses, aber durch Übergabe von Schiffsurkunden begründetes Schiffspfand verdrängt (ALR.). Im 19. Jahrhundert rezipierte man das englische Schiffsregisterpfandrecht, das erst vom BGB. 1259ff. für See- und Binnenschiffe einheitlich geregelt wurde; es bedeutete die Wiederkehr der neueren Fahrnissatzung. Für die im Bau befindlichen Schiffe besteht ein Registerpfandrecht nach dem RGes. vom 4. 7. 1926.

Eine neuere Satzung an beweglichen Sachen fehlt trotz dringenden Bedürfnisses. Die Praxis hilft durch die immerhin bedenkliche Sicherungsübereignung. Zu erwägen wäre die Einführung eines Registerpfandrechts, das ausländische Rechte in verschiedenem Umfang zulassen. Neben dem Registerpfandrecht für Schiffe hat das Reichsrecht bereits dem Gedanken der neueren Satzung Konzessionen gemacht in der Zulassung eines Kabelpfandrechts (Eintragung von Hochseekabeln in das Kabelbuch, R.Ges. 31. 3. 1925) sowie einer Verpfändung des Inventars durch landwirtschaftliche Pächter in Form der Niederlegung des Verpfändungsvertrags (R.Ges. 9. 7. 1926).

Das englische Pfandrecht ist entweder Faustpfand (pawn, pledge) mit Privatverkaufsrecht oder Eigentumspfand (mortgage) mit Verfallklausel; wird kein Besitz verschafft, so bedarf es einer Verpfändungsurkunde (bill of sale), die zur Gültigkeit der Registrierung bedarf. Frankreich hält am Faustpfand fest (gage), hat aber neben dem Schiffspfandrecht ein Registerpfandrecht an Handelsunternehmen (nantissement des fonds de commerce) und an Produkten des Landwirtes, auch an Vieh (durch Schaffung von warrants agricoles) anerkannt. Ebenso kennt die Schweiz ein Registerpfandrecht an Vieh (ZGB. 885).

2. Die nur für Ausnahmefälle zugelassene Privatpfändung verschafft dem Pfändenden meist nur ein Zurückbehaltungsrecht mit pfandrechtlichen Wirkungen, in manchen Partikularrechten aber ein echtes Pfandrecht (so in Preußen). Die gewöhnliche Schuldvollstreckung ist gerichtliche Pfändung. Sie erfolgt durch Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers. Der Gläubiger erwirkt Pfandrecht und mittelbaren Besitz. Der Pfandverkauf erfolgt durch den Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers. S. oben S. 217.

3. Gesetzliche Pfandrechte hat erst das Spätmittelalter vornehmlich im Stadtrecht entwickelt. Handwerker, Frachtführer, Lagerhalter konnten wegen ihrer Lohnforderungen das Werk, die transportierte oder die eingelagerte Ware zurückbehalten und vielfach auch verpfänden. Noch im Ausgang des Mittelalters entstand im Handelsverkehr ein besonderes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht mit pfandrechtsähnlichen Wirkungen. Der Gläubiger konnte dieses Recht an Waren seines Schuldners auch wegen nicht konnexer Forderungen geltend machen. Ausgeschlossen blieben Waren, die zur treuen Hand oder unter der Bedingung rechtzeitiger Rückgabe übergeben worden waren. Grundlage des Rechtes war die im Spätmittelalter entwickelte Vermögenshaftung des Schuldners. Das im AHGB. aufgenommene Institut (so auch HGB. 369ff.) ist im ZGB. auf das bürgerliche Recht übertragen worden.

Schrifttum: Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, 1904. — Planitz: Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geschichtlich entwickelt, ZHR. 61, 1906, S. 456.

II. Abschnitt.

Rechtsverkehr und Rechtsschutz im Fahrnisrecht.

§ 53. Der Fahrnisbesitz.

I. Die ältere Fahrnisgewere. Auch das Fahrnisrecht ging von dem Begriff der Gewere als tatsächlicher Sachherrschaft aus. Aber strenger als im Liegenschaftsrecht hielt man an dem Erfordernis körperlicher Innehabung fest. Nur durch den Erwerb körperlicher Innehabung konnte Gewere entstehen, mit deren Verlust ging sie zugrunde. Ausschließlich durch die Einräumung leiblicher Gewere konnten Rechte übertragen werden. Die körperliche Innehabung war im Fahrnisrecht die ausschließliche und immer genügende Form des dinglichen Rechts. Daher war weder eine mehrfache, noch eine ideelle, ruhende, anwartschaftliche Gewere möglich, denn hier fehlte überall die leibliche Herrschaft. Aber auch eine rechte Gewere war undenkbar, da die zur Verschweigung führende Publizitätsform hier nicht in Frage kam. Immerhin hat das spätere Mittelalter sowohl im Falle des gegebenen (neuere Satzung) wie des genommenen Pfands (oben § 52, I, 2) die Anfänge eines mehrfachen Besitzes an beweglichen Sachen geschaffen.

II. Der neuere Fahrnisbesitz. Während das gemeine Recht im römischen Sinne Fahrnis- und Liegenschaftsbesitz identifizierte, haben die Partikularrechte mit Vordringen des Grundbuchwesens den Unterschied von neuem betont. Auch der neuere Fahrnisbesitz ist tatsächliche Sachherrschaft. Doch läßt das BGB. über das ältere Recht hinaus auch bei beweglichen Sachen einen mehrfachen Besitz allgemein zu: den unmittelbaren Besitz des Inhabers, den mittelbaren des Besitzherrn, von dem der Inhaber seinen Besitz ableitet. Der Mentalbesitz des ABGB. 352 kommt gerade für Fahrnis in Betracht.

§ 54. Erwerb und Verlust der Fahrnisrechte.

I. Ursprünglicher Erwerb.

1. Die Aneignung. An herrenlosen, d. h. eigentumsfreien beweglichen Sachen, kann Eigentum durch eigenmächtige Inbesitznahme erworben werden. Diese stand ursprünglich jedermann frei. Schon im frühen Mittelalter entwickelten sich aber ausschließliche Aneignungsrechte bestimmter Personen, insbesondere der Jagd- und Fischereiberechtigten (s. oben § 34 f.); an jagdbaren Tieren erwarb der Wilderer nun kein Eigentum mehr, sondern nur der Jagdberechtigte. Nur derelinquierte Sachen, nicht jagdbare wilde Tiere (Kaninchen, Raubtiere, Vögel), Meereserzeugnisse unterlagen weiterhin der freien Aneignung. Auch nach BGB. ist die allgemeine Aneignungsfreiheit an herrenlosen Sachen (958) durch die ausschließlichen Aneignungsrechte des vorbehaltenen Landesrechts durchbrochen (EG. 69, 73).

Besonderes gilt für die Bienen. Wilde Bienen werden durch Inbesitznahme angeeignet. Aber auch die okkupierte oder die gezüchtete Biene

bleibt im alten Recht ein „wilder Wurm"; ein ausfliegender Bienenschwarm wird also herrenlos, jeder kann sich ihn aneignen. Doch hat der Imker das Recht, durch unverzügliche Verfolgung des Schwarms die Aneignung zu hindern. Das BGB., das die Hausbiene als gezähmtes wildes Tier behandelt (so auch ABGB. 384), kennt die gleiche volle Aneignungsfreiheit am ausziehenden, damit herrenlosen Bienenschwarm, beschränkt durch das unverzügliche Verfolgungsrecht des Eigentümers, 961 ff.

2. Der Fund. Wer eine besitzlose, aber offenbar nicht herrenlose Sache fand, konnte an ihr schon nach älterem Fundrechte Eigentum erwerben. Voraussetzung war die Inbesitznahme und das öffentliche Aufbieten der Sache, dieses, um den Diebstahlsverdacht durch Erklärung der Herausgabebereitschaft zu beseitigen (Verklarung). Nicht verklartes Fundgut unterlag als dieblich erworben dem Anefang (unten § 55). Verklartes war dem Eigentümer bei Diebstahlsstrafe herauszugeben. Meldeten sich die Empfangsberechtigten nach dem Aufgebot nicht in kurzer Frist (meist 6 Wochen), so trat schon früh Verschweigung, damit Untergang ihrer Rechte und Eigentumserwerb des Finders ein. Im Mittelalter beanspruchte die Obrigkeit (König, Gerichtsherr, Gemeinde) einen Teil des Fundes oder gar die ganze Sache. Dieses sog. Fundregal hat das neuere Recht beseitigt. Das BGB. (973) läßt auch wieder das Eigentum unmittelbar auf Grund der Verschweigung übergehen, während das ALR. richterlichen Zuschlag und CC. Ersitzung des Eigentums erforderten. Nach ABGB. 392 erlangt der Finder nach einem Jahr ein Benutzungsrecht, nach drei bzw. sechs Jahren Eigentum durch Verschweigung. Das öffentliche Aufgebot ist für den Regelfall beseitigt.

Den Finder traf schon im älteren Recht eine Verwahrungspflicht, der für den Fall der Herausgabe ein Kostgeldanspruch (z. B. bei zugelaufenem Vieh), in späteren Rechten ein Anspruch auf Fundlohn entsprach. So auch das BGB. 966, 971.

Schrifttum: J. Hübner: Der Fund, 1914 (Beyerles Beitr. 10, 1).

Dem Fund verwandt ist der Schatzfund. Hier werden besitzlose Sachen entdeckt, deren Eigentümer vielleicht existiert, aber wegen der langen Zeit ihrer Verborgenheit nicht zu ermitteln ist (im Mittelalter besonders die Gräberschätze). Die älteren Rechtssätze des Schatzfunds sind unbekannt. Seit dem 12. Jahrhundert wird ein ausschließliches Aneignungsrecht des Königs, später des Landesherrn (Schatzregal) bezeugt. Doch wurden schon früh die römischen Grundsätze rezipiert, wonach der Schatz regelmäßig zwischen dem Finder und dem Grundeigentümer geteilt wird. So das ALR., der CC., das BGB. 984. In Österreich erhielt der Fiskus bis 1846 ein Drittel. Einzelne Landesrechte behielten das Schatzregal bei (EG. 73) oder schufen ein staatliches Enteignungsrecht für Altertumsfunde (preußisches Ausgrabungsgesetz 1914). Das ZGB. gewährt das Schatzeigentum dem Grundstückseigentümer, der Finder hat nur den Anspruch auf angemessene Vergütung; herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert unterliegen dem Schatzregal, 723 ff.

Schrifttum: Zeumer: MIÖG. 22 (1901), S. 420. — Eckstein: das. 31 (1910), S. 193. — Lehmann: Z. d. Philol. 39 (1907), S. 273; 42 (1910), S. 1; 44 (1912), S. 78.

Die Strandanwohner besaßen nach älterer Anschauung an gestrandeten Sachen (auch an Menschen) ein Aneignungsrecht (Strandrecht), weil diese als herrenlos galten. Ähnlich wurde Gut behandelt, das in

Flüssen den Grund berührte (Grundruhrrecht). Die Könige, die diese Rechte früher bekämpften, suchten an Stelle des Strandrechts ein Strandregal zu setzen, das sie den Landesherren verliehen. Das Strandregal ist für strandtriftige Güter unbekannter Eigentümer erhalten geblieben. Der Berger erhält nur einen Bergelohn. Nur an seetriftigen Gütern fällt ihm das Eigentum zu; dem Eigentümer, der sich meldet (Aufgebotsverfahren), wird das Gut gegen Bergelohn ausgehändigt, Strandungsordnung vom 17. 5. 1874.

Schrifttum: Techen: Hans. GBl. 12 (1906), S. 271. — Rörig: Z. Lüb. G. 22 (1924), S. 215. — Stammler: Deutsch. Rechtsleben I, 1928, S. 333.

3. In der Frage des Fruchterwerbs ging das ältere Recht vom Produktionsprinzip aus. Eigentümer der Früchte wurde derjenige, der sie erzeugt hatte, der die zu ihrer Entstehung erforderliche Arbeit geleistet hatte: „Wer sät, der mäht". So war Eigentum am Getreide erworben, wenn es ausgesät war und die Egge das Land bestrichen hatte, Eigentum an Gartenfrüchten, wenn sie gesät waren und der Garten geharkt; Zinsen und Zehnten wurden am Fälligkeitstag erworben. Der Besteller erlangte schon durch die Bestellung vor der Trennung das Eigentum an den Früchten. Das war deshalb möglich, weil auch die fruchttragenden Gewächse nicht zu Bestandteilen des Grundstücks wurden, sondern selbständiger juristischer Existenz fähig waren. Nach dem römischen Recht, das gerade vom entgegengesetzten Grundgedanken ausging, konnten die Früchte erst im Augenblick der Trennung vom Grundstücke Gegenstand selbständigen Rechtes werden. Sie fielen daher in das Eigentum dessen, der bei der Trennung Grundstückseigentümer war (Substantialprinzip). Ihm gingen nur gewisse dinglich Berechtigte im Fruchterwerb vor. Nach ABGB. 519 hat der Eigentümer dem rückstellenden Fruchtnießer die Produktionskosten zu ersetzen. Während das preußische Landrecht dem deutschrechtlichen Gedanken folgte, hat sich das BGB. im wesentlichen den römischen Grundsätzen angeschlossen, 953ff. In England ist das Produktionsprinzip bei der Landpacht noch in Geltung (Recht auf emblements).

4. Eine Fahrnisersitzung ist erst durch die Rezeption aufgenommen worden.

5. Verarbeitung. Wenn aus fremdem Stoff ein neuer Gegenstand hergestellt wurde, so erlangte nach dem Schwabenspiegel der Stoffeigentümer das Eigentum. Lehnte der Stoffeigentümer das Werk ab, so war der Verarbeiter schadenersatzpflichtig. Ähnlich entscheidet sich noch das ABGB. 414. Dagegen sprach das römische Recht dem Verarbeiter das Stoffeigentum zu, und ebenso BGB. 950, ZGB. 726. Nur wenn der Stoff kostbarer ist als die Arbeit, so gehört die neue Sache dem Stoffeigentümer.

II. Abgeleiteter Erwerb. Vertraglicher Eigentumserwerb an Fahrnis vollzog sich im älteren Recht durch Einigung über den Eigentumsübergang und Übergabe der Sache, d. h. Übertragung der leiblichen Gewere. Die Übergabe war ersetzbar nur durch Zeichnung der Sache mit einem die Sachherrschaft bekundenden Zeichen (der Hausmarke), später auch durch Übergabe von Wertpapieren, die die

Pflicht zur Herausgabe von Waren verbrieften (sog. Traditionspapiere). Die neueren Rechte haben an der Übergabe als Regelfall festgehalten, daneben aber, römischem Recht entsprechend, weitere Fälle des Ersatzes der Übergabe zugelassen (besonders brevi manu traditio und constitutum possessorium, ABGB. 428). Das BGB. hat noch den Fall der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe hinzugefügt, 931. Damit hat die körperliche Übergabe erheblich an Bedeutung verloren.

Im französischen Recht ist das Erfordernis der Übergabe ganz aufgegeben. Das Eigentum geht durch den schuldrechtlichen Kaufvertrag über, CC. 711 (s. o. § 49, II c).

Das englische Recht kennt neben der körperlichen Übergabe die Eigentumsverschaffung durch eine gesiegelte Urkunde (deed) und durch einfachen Kaufvertrag (sale). Deshalb hat der Verkäufer bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers einen besonderen Schutz in Form eines Verfolgungsrechtes (right of stoppage in transitu).

War der Übereignende in Wahrheit Nichteigentümer, so konnte er nach deutschem (wie römischem) Recht auch dem Empfänger kein Eigentum übertragen; nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Da aber das deutsche Recht keine Eigentumsklage besaß, konnte der wirkliche Eigentümer, wenn ein Nichtberechtigter über seine Sache verfügte, diese nicht von dem Empfänger herausverlangen; eine Ausnahme bestand nur für gestohlene Sachen. Hatte der Eigentümer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben, so war er auf den obligatorischen Rückgabeanspruch gegen seinen Vertragsgegner beschränkt. „Hand wahre Hand", „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen". Eigentum hatte freilich der Dritterwerber nicht erlangt. Aber sein Besitz war für den Eigentümer unangreifbar. Erst nach allgemeiner Anerkennung der römischen rei vindicatio mußte man in dem Satz „Hand wahre Hand", den viele Partikularrechte festhielten, eine der Rechtfertigung bedürfende Ausnahme von der Vindikation erblicken. Man beschränkte daher jetzt den Schutz des Dritterwerbers (der römischen Ersitzung entsprechend) auf den Fall gutgläubigen Erwerbs und erkannte demgemäß dem gutgläubigen Erwerber auch Eigentum zu; dem mußte der Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers entsprechen. So die meisten Kodifikationen, die WO., das AHGB. und ZGB. Der Scheinberechtigte kann in der Person des gutgläubigen Dritten durch seine Rechtshandlung Eigentum begründen.

§ 55. Der Schutz des Fahrnisrechtes. (Die Fahrnisklage.)

I. Das ältere Recht.

1. Freiwillige Besitzaufgabe. Das Liegenschaftsrecht gewährte einen Rechtsschutz nicht nur dem Inhaber der leiblichen, sondern auch dem einer ideellen Gewere. Eine solche ideelle Gewere war dem Fahrnisrechte unbekannt. Hatte der Gewereinhaber seine Gewere freiwillig aufgegeben, so war sie damit endgültig erloschen. Da ihm weiter eine Eigentumsklage im deutschen mittelalterlichen

Recht nicht gegeben war, konnte er die Rückgabe der Sache nur dann erlangen, wenn sich die Rückgabepflicht des Empfängers aus dem Vertragsverhältnis ergab (s. unten § 59, I, 2). Befand sich daher die Sache nicht mehr im Besitze des Empfängers, sei es, daß dieser sie weiter einem Dritten übergeben oder daß ein Dritter sich selbst in den Besitz der Sache gesetzt hatte, so blieb doch dem Verleiher immer nur der Anspruch gegen den ersten Empfänger: gegen den dritten Besitzer stand ihm eine Klage auf Herausgabe nicht zu. Das besagt das Rechtssprichwort: „Hand wahre Hand", „Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen".

2. Unfreiwilliger Besitzverlust. Verlust der Gewere trat auch für den ein, dem eine bewegliche Sache gegen seinen Willen abhanden kam. Hier fehlte sogar der obligatorische Anspruch, so daß eine Verfolgung der Sache weder gegenüber dem ersten Erwerber noch gegenüber Dritten in Frage kam. Aber gerade für diesen Fall ist das Recht schon frühzeitig zur Entwicklung einer Verfolgung der Sache auch in dritter Hand gekommen, wie das bereits die Volksrechte bezeugen. Die Grundlage hierzu boten Gedanken des Strafrechtes, und so erscheint diese Verfolgung in den älteren Quellen auf gestohlene oder geraubte Sachen beschränkt.

Den Ausgangspunkt bildet der Fall der handhaften Tat. Wird der Dieb mit der gestohlenen Sache auf handhafter Tat betroffen, so kann ihn der Bestohlene mit den Schreimannen verfolgen, ihn erschlagen und ihm die gestohlene Sache wieder abnehmen. Vermag der Dieb zu fliehen, so kann der Bestohlene mit den Schreimannen seiner Spur folgen und in dem Hause, bis zu dem die Spur führt, nach der gestohlenen Sache suchen (Spurfolge). Wird diese gefunden, durch ihre Marke identifizierbar, so wird der Fall so behandelt, als ob noch die Tat handhaft wäre, uneingeschränkt freilich nur, wenn der Hausherr sich dieblich verhält. Wird die Sache nicht dieblich gehalten, so kann zwar der Bestohlene dem Inhaber die Sache wegnehmen; insoweit wirkt also der Gedanke des Handhaftverfahrens weiter. Aber den Inhaber als Dieb zu behandeln geht nicht an, wenn dieser den Diebstahl bestreitet, denn er könnte die Sache vom Diebe erst erworben haben. Deshalb muß der Bestohlene geloben, die Sache zum gerichtlichen Termin gegenüber dem Gewährsmann zu stellen. Der nun folgende Prozeß hat vom Handhaftprozeß immer noch große Vorteile für den Bestohlenen geerbt: die gestohlene Sache befindet sich vor Gericht, so daß sie der Kläger erhält, wenn er im Prozeß obsiegt. Stellt freilich der Beklagte seinen Gewähren, so tritt dieser in den Prozeß an seiner Stelle ein. Aber auch er kann sich nicht durch Reinigungseid, sondern nur durch Stellung seines Gewähren von der Diebstahlsbezichtigung befreien.

Das Verfahren mit Spurfolge ist auf kurze Frist beschränkt. Findet der Spurfolger sein Gut erst nach deren Ablauf, so ist ihm ursprünglich sein Recht verloren. Doch lassen schon die Volksrechte ihm einen beschränkteren Angriff auf das Gut nach. Der Inhaber

wird dabei stärker geschützt, denn die Möglichkeit, daß er die Sache von einem Dritten erwarb, ist beträchtlich größer. Der Bestohlene kann freilich auch hier Hand an die Sache legen (anafangjan, Anefang), aber es bleibt bei der Handanlegung, der Inhaber also im Besitze der Sache, wenn er gelobt, Gewähren und Sache vor Gericht zu stellen. Nur wenn das Gelöbnis unterbleibt, mag er ihm gewaltsam die Sache wegnehmen. Andererseits muß der Kläger einen Eid leisten, daß er mit dem Anefang kein Gefährde begehe, da keine Spur mehr bis zum Hause des Inhabers geführt hat und der diebliche Erwerb des Inhabers der Kundbarkeit mangelt. In dem darauffolgenden gerichtlichen Verfahren kann wieder der Beklagte durch Beibringung seines Gewähren den Prozeß auf diesen überbürden. Auch hier ist noch die Straftat das Klagefundament und nicht das Eigentum.

II. Das Mittelalter hat die Scheidung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust festgehalten. Doch finden sich erhebliche Veränderungen, die z. T. schon in der fränkischen Zeit hervortreten.

1. Die Anefangsklage behielt ihre alte Form. Aber sie wurde nun bei jedem unfreiwilligen Besitzverlust zugelassen, nicht nur im Falle des Diebstahls und Raubs. Damit verlor sie allmählich den deliktischen Charakter und wurde zum allgemeinen Verfolgungsmittel an unfreiwillig verlorenen Sachen in dritter Hand. Als Klagfundament erschien nun der schlechtere Besitz des gegenwärtigen Inhabers gegenüber dem besseren des früheren. An die Stelle der Anefangsklage konnte daher die schlichte Klage um Gut treten, die ohne die Rechtsform des Anefangs erhoben wurde.

Weiter hat das Mittelalter auch die Interessen des Erwerbers verlorener Sachen zu schützen begonnen und den Herausgabeanspruch in einzelnen Fällen eingeschränkt. Das kommt vor allem für den Handelskauf des Stadtrechts in Betracht. Freilich befreite der Nachweis, daß die Sache auf freiem Markte, also in offenkundiger Weise, gekauft wurde, regelmäßig nur vom Diebstahlsverdacht, und nur wenige deutsche Stadtrechte schränkten den Herausgabeanspruch des Bestohlenen auf einen Lösungsanspruch ein. Aber die Hansestädte gingen weit darüber hinaus. Sie befreiten alle über die See eingeführten Sachen von der Klage wegen verlorener Gewere; von auswärts über Land eingeführte Sachen wurden ihnen nach Jahr und Tag gleichgestellt.

Dem jüdischen Recht entstammte der Lösungsanspruch der Juden; sie brauchten gestohlene Sachen, die sie von unverdächtigen Personen ohne Kenntnis des Diebstahls gekauft oder zu Pfand genommen hatten, nur gegen Ersatz des von ihnen Gezahlten herauszugeben. Dieses Privileg ist auf einzelne christliche Gewerbekreise ausgedehnt worden.

2. Auch der Satz: Hand muß Hand wahren mußte sich im Interesse des Schutzes des Eigentümers Einschränkungen gefallen lassen. So hatte der Handwerker neben seiner Lohnforderung am Werke ein Zurückbehaltungsrecht mit Pfandwirkungen; versetzte er aber die Sache wegen des Arbeitslohns, so konnte sie der Eigentümer von dem Pfandgläubiger gegen Zahlung des Lohnes heraus-

verlangen. Einzelne, insbesondere hansische Rechte dehnten den Lösungsanspruch auf jeden Fall freiwilliger Besitzaufgabe aus. Das Stadtrecht von Goslar gewährte sogar im Falle der Ausgabe zu treuer Hand eine Klage auf Herausgabe gegen den Dritten ohne Lösungspflicht. In diesen Regelungen zeigt sich eine wachsende Annäherung an den Fall des unfreiwilligen Besitzverlustes. Sie zeigen aber weiter, daß der Gedanke des Eigentumsschutzes (um Besitzschutz konnte es sich bei freiwilliger Besitzaufgabe nicht handeln) erfaßt zu werden beginnt. Zu einem Prinzip aber hat es das deutsche Mittelalter in dieser Frage nicht gebracht.

III. Durch die Rezeption wurde auch für das Fahrnisrecht die römische Eigentumsklage (rei vindicatio) neben den römischen Besitzschutzmitteln gemeines Recht. Der Satz ubi rem meam invenio ibi vindico ließ die Scheidung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzerwerb nicht mehr zu. Dennoch wurde die Scheidung in den Partikularrechten zum großen Teil aufrechterhalten. Für den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes, der im übrigen dem römischen Recht entsprechend behandelt wurde, blieb es dann bei den im Mittelalter entstandenen Vindikationsbeschränkungen, ja es wurden weitere für Fälle offenkundigen Erwerbes eingeführt (Lösungsanspruch im CC.). Dagegen erhielt der Fall der freiwilligen Besitzaufgabe eine völlig neue Rechtsbasis. Der Satz „Hand wahre Hand" blieb zwar formell aufrechterhalten, aber mit völlig verändertem Inhalt. Während im älteren deutschen Recht die Klage gegen den Dritterwerber nicht zulässig war, weil ihr nach dem geltenden Rechtssystem die Rechtsgrundlage fehlte, war diese jetzt im Eigentumsanspruch an sich gegeben; die Klage wurde indessen nur gegenüber dem unredlichen Erwerber zugelassen, aber versagt, wenn der Dritte beim Erwerbe im guten Glauben gewesen war (so bereits Codex Theresianus, weiter CC., ABGB., AHGB.). Der Satz „Hand wahre Hand" war nur noch ein Mittel, den gutgläubigen Erwerber zu schützen. Daraus wurde dann weiter die Folgerung gezogen, daß der redliche Erwerber das Eigentum kraft Gesetzes erwerbe. Das ALR. hat daher sogar die Scheidung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust ganz aufgegeben und alles auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzerwerbes des gegenwärtigen Besitzers abgestellt.

Dagegen hat das geltende Recht sich wieder an die ältere deutschrechtliche Gestaltung angelehnt. Es läßt keinerlei Lösungsanspruch zu, gewährt im Falle unfreiwilligen Besitzverlustes dem Eigentümer den Herausgabeanspruch gegen jeden Erwerber, macht aber, wie schon ALR., Ausnahmen für Geld, Inhaberpapiere usw. (BGB. 935, ZGB. 934, 935); das ZGB. hat obendrein den Herausgabeanspruch mit Recht befristet. Im Falle freiwilliger Besitzaufgabe wird der Herausgabeanspruch gegen den gutgläubigen Dritterwerber versagt, weil dieser Eigentümer geworden ist (BGB. 932, HGB. 366, ZGB. 933), während das ABGB. 367 den Erwerb von einem Vertrauensmann des Eigentümers voraussetzt. Das BGB. gewährt aber

nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem früheren Besitzer als solchem eine Klage auf Herausgabe gegen den gegenwärtigen Besitzer, wobei die Beschränkungen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers einer anvertrauten Sache gleichfalls gelten (1007). Ebenso liegt es mit den Vermutungen für den Rechtsbestand, die das BGB. aus gegenwärtigem oder früherem Besitz eintreten läßt (1006). Mit diesen Bestimmungen werden die Publizitätswirkungen des alten deutschen Gewererechts in das geltende Fahrnisrecht übernommen.

Das englische Recht hat an der Sonderstellung der gestohlenen Sachen festgehalten. Nur an nichtgestohlenen Sachen erwirbt der Gutgläubige Eigentum vom Nichtberechtigten, so vor allem durch Kauf von Waren auf dem offenen Markt (market overt, wozu in London jeder Laden in der City gehört); Vorausetzung ist, daß Waren dieser Art dort gewöhnlich verkauft werden. Entgeltlich erwirbt allgemein jeder Gutgläubige Eigentum an Geld, Banknoten und Inhaberpapieren.

Schrifttum: Sohm: Der Prozeß der lex Salica, 1867. — Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen, 1869. — Heusler: Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung an Fahrnis, 1871. — London: Die Anefangsklage, 1886. — Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, 1897. — Zycha: ZRG. G. **22** (1901), S. 155. — H. Meyer: Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902. — Wellspacher: Grünhuts Z. 31 (1904), S. 631. — A. Schultze: Gerüfte und Marktkauf, 1905; Jherings Jahrb. 49 (1905), S. 159. — Rauch: Spurfolge und Anefang, 1908. — H. Meyer: Das Publizitätsprinzip, 1909. — A. Schultze: Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren, 1911. — E. Meister: Fahrnisverfolgung und Unterschlagung, 1913. — Planitz: ZRG. G. 34 (1913), S. 424. — Gillis: Gewährschaftszug u. laudatio auctoris, 1913. — Merk: Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht, 1914. — Reichel: Grünhuts Z. 42 (1916), S. 173. — H. Meyer: ZRG. G. **37** (1916), S. 382. — Koschaker: Rechtsvergl. Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, 1917, S. 7ff. — Goldmann: ZRG. G. 39 (1918), S. 145; 40 (1919), S. 199. — v. Schwerin: Formen der Haussuchung, 1924. — Bechert: ZRG. G. **47** (1927), S. 1. — Hofmann: Hand muß Hand wahren, Leidener Diss. 1927. — Van Apeldoorn: Roerend goed heeft geen gevolg in Rechtsgel. Magazijn **49** (1930), S. 184.

Schuldrecht.

§ 56. Entwicklung des Schuldrechts.

I. Das ältere deutsche Schuldrecht. Schon die germanische Urzeit kannte ein Schuldrecht. Aber seine Bedeutung war zunächst gering. Die Beschaffung von Nahrung, Kleidung, Wohnung erfolgte nicht durch Abschluß von Schuldverträgen, sondern im Wege außerschuldrechtlicher dinglicher oder persönlicher Gebundenheit. Herrschaftsverhältnisse, Bindungen in Sippe und Familie standen an der Stelle des freien Schuldvertrages. So gab es weder freie Arbeitsverträge noch Miete noch Darlehen. Den Kern der schuldrechtlichen Verpflichtungen bildeten die Bußschulden, die den Täter unerlaubter Handlungen trafen. Weit seltener waren die Schulden aus Schuldverträgen. Tausch und Kauf, regelmäßig noch Bargeschäfte, bildeten nur in Ausnahmefällen die Grundlage schuldrechtlicher Verpflichtungen. Anders lag es schon bei der Leihe, die einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Sache gewährte. Von der größten Bedeutung aber war es, daß ein formell abgegebenes Versprechen, in Zukunft zu leisten, wie es in steigendem Maße in Anwendung kam, eine Schuldpflicht begründete. Freilich konnte der Gläubiger alle diese Schuldverträge nicht ohne weiteres durchsetzen, weil das ältere Recht eine direkte Zwangsvollstreckung nicht kannte. Nur eine freiwillige Schulderfüllung war möglich, kein Ersatz der Schulderfüllung durch Vollstreckung. Vielmehr war das Schuldrecht in Gedanken des Strafrechts eingebettet. Das Recht reagierte nur auf Grund der Nichterfüllung der Schuld, die als strafbare Handlung, Diebstahl gewertet wurde. War freiwillige Erfüllung trotz Mahnung nicht zu erreichen, so blieben nur strafrechtliche Zwangsmittel übrig: die Selbsthilfe in Form der Fehde oder die auf Grund einer Strafklage verhängte Friedlosigkeit. Doch hat schon die fränkische Zeit beide Zwangsmittel für Schuldsachen gemildert: die Fehde in die außergerichtliche Pfandnahme, die Friedlosigkeit in Schuldknechtschaft und Fronung.

II. Seit dem 12. Jahrhundert hat das Schuldrecht besonders in den Städten eine außerordentliche Fortentwicklung erfahren. Infolge des Aufschwungs von Handel und Gewerbe kommen Schuldverträge in weitaus häufigeren Fällen zur Anwendung. Der Kaufvertrag entwickelt sich zum Kredit- und Lieferungskauf. Darlehen, Sachmiete und Verwahrungsvertrag spalten sich von der Leihe ab. Aus personenrechtlichen Anfängen entsteht der Arbeitsvertrag, der

immer neue Formen aus sich heraus bildet. Aus dem Schuldversprechen entwickelt sich die Vertragsurkunde, die das Rechtsleben in mannigfachen Variationen ausgestaltet. Nun entwindet sich auch das Schuldrecht aus den Banden des Strafrechts. Die Schuldvollstreckung setzt keine Straftat mehr voraus, sie ist auf unmittelbare Gläubigerbefriedigung gerichtet. Der Gläubiger hat eine besondere Schuldklage, die auf die Schuldpflicht als solche gestützt ist und mit Sachurteil abschließt. An die Stelle der Buße tritt Schadenersatz. Das Schuldrecht gliedert sich in das Vermögensrecht ein. So können nun auch die einzelnen Forderungen als Vermögensgegenstände behandelt werden: sie werden übertragbar.

III. Seit der Rezeption hat das römische Schuldrecht die Theorie und in steigendem Maße auch die Praxis beherrscht. Das Verkehrsleben forderte gebieterisch ein einheitliches Schuldrecht. Das deutsche Schuldrecht besaß aber nur partikuläre Geltung, und, so überlegen es auch neu auftauchende wirtschaftliche Bedürfnisse zu befriedigen vermochte, war es doch mangels wissenschaftlicher Durchforschung und infolge der Kraftlosigkeit der Reichsgewalt außerstande, ein gemeines Verkehrsrecht zu schaffen. Das gerade lag im römischen Schuldrecht in unvergleichlicher Vollendung vor. Dem reichen wirtschaftlichen Verkehr des Altertums entsprossen, war es durch die italienischen Juristen des Mittelalters den Verkehrsbedürfnissen der Zeit angepaßt worden. Mit dem strengsten logischen Aufbau verband es die scharfsinnigste Durchdenkung von Einzelproblemen. So hat das römische Recht im deutschen Schuldrecht der Neuzeit zunächst den Sieg davongetragen.

Dennoch haben auch im Schuldrecht germanische Rechtsgedanken fortgelebt und sind in neuester Zeit wieder zu kraftvoller Wirkung gediehen. Manche Rechtsgebiete, wie das Seerecht, das Handels- und Wechselrecht, das Versicherungsrecht usw., setzten ihre vom römischen Recht unabhängige Entwicklung fort. Die in ihnen lebenden deutschen Rechtsideen gewannen Einfluß auch auf das gemeine Schuldrecht. Auch deutsche partikuläre Rechtsbildungen setzten sich in bedeutsamen Fragen durch, so z. B. beim Kauf- und Mietrecht und insbesondere bei den Arbeitsverträgen. Selbst das Naturrecht wirkte in deutschrechtlichem Sinne. Im Schuldrecht der Kodifikationen erhöhte sich der deutschrechtliche Einfluß noch. Die gemeinrechtliche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts kehrte zwar in verstärktem Maße zum reinen römischen Recht zurück, konnte aber nicht hindern, daß das im AHGB. kodifizierte Obligationenrecht sich an die deutsche Rechtsentwicklung anschloß. Wenn auch das BGB. in seinem Schuldrecht dem Pandektensystem folgt, so sind doch schon in ihm selbst bedeutsame deutschrechtliche Gedanken enthalten. Weit wichtiger ist es aber, daß die umfangreiche schuldrechtliche Sondergesetzgebung des Reiches durchweg auf deutschen Rechtsgedanken beruht.

Schrifttum: Stobbe: Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855. — Sohm: Prozeß der lex Salica, 1867. — Fr. E. Meyer: Schuld-

recht der deutschen Schweiz, 1913. — Planitz: Über hansisches Handels- u. Verkehrsrecht, Hans. Gbl. 31, 1926, S. 1. — Esmein: Études sur les contrats dans le très ancien droit français, 1883. — Yver: Les contrats dans le très ancien droit normand, 1926. — Barbour: The history of contract in early English equity, 1914. — E. Meyer: Das altspanische Obligationsrecht in Z. vgl. RW. 38 (1920), S. 31. — Mitteis: Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten, Beiträge zum Wirtschaftsrecht I, 1931, S. 229.

Erster Teil.

Allgemeine Lehren des Schuldrechts.

§ 57. Grundbegriffe des Schuldrechts: Schuld und Haftung.

I. Das ältere Recht. Im germanischen Recht lassen sich die Begriffe von Schuld und Haftung auseinanderhalten.

1. Die Schuld ist rechtliches Sollen. Dieser Begriff ist auf das Schuldrecht nicht beschränkt, er begegnet auch im Muntrecht, im Genossenschaftsrecht usw. Aber das Schuldrecht hat ihm einen besonderen Inhalt gegeben. Die Schuld im Sinne des Schuldrechts ist ein Leistensollen, das den Schuldner trifft. Die Schuld appelliert an die Person des Schuldners als Willenträger: er soll freiwillig leisten. Leistet er, wie er soll, so hat er nur getan, was ihm von Rechts wegen zu tun gebührt: er kann das Geleistete nicht zurückfordern, hört aber auf, Schuldner zu sein. Leistet er dagegen nicht, wie er soll, so hat er nicht nur gegen ein sittliches, sondern auch gegen ein Rechtsgebot verstoßen. Daher trifft ihn in älterer Zeit Strafe, wenn er nicht durch Pfandsetzung oder Vergeiselung den Gläubiger sichergestellt hat. Daraus folgt weiter, daß der Schuldner auch sonst nichts tun darf, was die Erfüllung der Schuld vereiteln könnte: neben dem Leistensollen steht das Haltensollen (die Gebundenheit ans Wort). Und dieses kann schon bestehen, wenn ein Leistensollen noch gar nicht gegeben ist, wie z. B. bei der aufschiebend bedingten Schuld.

Neben die Schuldnerschuld stellen viele noch eine Gläubigerschuld in dem Sinne, daß auch der Gläubiger etwas soll, nämlich bekommen soll. Bei dieser rein passiven Schuld fehlt indessen der Appell an den Willen, der das Rückgrat der germanischen Schuld darstellt. Wenn übrigens die Quellen häufig auch den Gläubiger als Schuldner (debitor) bezeichnen, so wird er damit nur als Beteiligter eines Schuldverhältnisses charakterisiert; es wird nicht auf eine eigene Gläubigerschuld angespielt.

2. Haftung ist das Unterworfensein unter die rechtliche Macht des Gläubigers. Während der Schuldner bei der Entscheidung, ob und wie er die Schuld erfüllen will, seinem freien Entschluß zu folgen hat, ist der Haftende dem unmittelbaren Zwang ausgesetzt. Die Haftung bedeutet Macht auf seiten des Gläubigers, Gebundenheit auf seiten des Haftenden.

a) Strafrechtliche Haftung. Wie in allen Rechtsordnungen ist es auch im älteren deutschen Recht die Regel, daß der

Schuldner selbst für seine Schuld haftet. Das trifft zunächst für den Täter einer verbrecherischen Handlung zu. Er hat sich durch seine Tat dem Verletzten und seiner Sippe gegenüber selbst aus dem Frieden gesetzt (relative Friedlosigkeit). Der Verletzte kann daher an ihm Rache im Wege der Fehde nehmen. Er kann aber auch auf Bußzahlung klagen, und am Ende dieses gerichtlichen Verfahrens steht, wenn der Täter nicht freiwillig Buße zahlt, die vom Gericht verhängte allgemeine Friedlosigkeit, die ihn dem Zugriff des Klägers und der Gerichtsgemeinde aussetzt. In beiden Fällen ist der Zugriff Geltendmachung einer Haftung: der Täter haftet strafrechtlich für sein Verbrechen. Nach diesem Vorbild ist nun aber im älteren Recht auch die Haftung des Schuldners für seine Schuld gestaltet. Leistet der Schuldner nicht freiwillig zur rechten Zeit, so kann ihn der Gläubiger mahnen. Der Erfüllungsverzug nach Mahnung ist Diebstahl. Der Gläubiger kann daher den Schuldner jetzt als Dieb behandeln und gegen ihn mit der Fehde oder der Strafklage vorgehen, die freilich beide schon im ältesten Recht für Schuldsachen Milderungen aufweisen. Aber auch hier handelt es sich um strafrechtliche Haftung.

b) Haftung kraft Haftungsvertrags. Schon die älteste Zeit kennt die Bestellung eines Haftungsobjektes für Schuld durch Vertrag. Ihr Zweck ist Sicherung des Gläubigers, Beseitigung der dem Schuldner sonst drohenden strafrechtlichen Haftung. Nur zwei Fälle vertraglicher Haftung sind möglich: Geiselschaft und Pfandsetzung. In beiden Eällen muß das Haftobjekt in die Gewere des Gläubigers übergeben werden. Der Gläubiger erhält Eigentum, meist aufschiebend bedingt durch die Erfüllung. Wird rechtzeitig erfüllt, so wird das Pfand ausgelöst, wenn nicht, verfällt es dem Gläubiger. Wenn ein Haftungsvertrag abgeschlossen ist, tritt die Zweiung von Schuld und Haftung deutlich in die Erscheinung: der Schuldner schuldet zwar, aber er haftet nicht mehr, der Haftende haftet, aber er schuldet nicht. Freilich konnte der Schuldner sich selbst dem Gläubiger durch Übergabe in dessen Gewalt preisgeben. Dann wurde er sein Eigentum, und Schuld und Haftung ging unter.

c) Persönliche Haftung und Sachhaftung. Während nur Personen schulden können, kann die Haftung Personen oder Sachen ergreifen. Die Sachhaftung wird durch Pfandsetzung begründet. Sie ist reine Sachhaftung, da die Bestellung eines Pfandes die Entstehung einer strafrechtlichen Haftung des Schuldners ausschließt. Persönliche Haftung wird durch Vergeiselung begründet, tritt aber auch infolge Leistungsverzugs ein. Die durch Vergeiselung begründete persönliche Haftung ergreift den Körper des Geisels nach Art eines Faustpfandes; für den Gläubiger besteht die Anwartschaft auf endgültigen Eigentumserwerb. Völlig anders ist der Inhalt der infolge Leistungsverzugs eintretenden persönlichen (strafrechtlichen) Haftung des Schuldners. Der Gläubiger macht hier

zunächst die persönliche Haftung des Schuldners durch Fehde gegen ihn und seine Gesippen geltend. Auch wo er auf den Zugriff gegen das Vermögen des Schuldners durch außergerichtliche Pfandnahme beschränkt ist, handelt es sich um die persönliche Haftung des Schuldners, nicht um Vermögenshaftung, denn der Zugriff ist Rache gegen den Schuldner oder Mittel, ihn zur Erfüllung zu zwingen; der Gläubiger ist bei der Pfandnahme weder auf den Schuldwert beschränkt, noch dient das genommene Pfand seiner Befriedigung. Schärfer noch zeigt sich die persönliche Haftung, wenn der Gläubiger den Schuldner verklagt und Friedloslegung erwirkt hat. Hier wird immer persönliche Haftung vollstreckt, mag es sich um Zugriff auf die Person durch Ausstoßung aus dem Frieden, Preisgabe oder Verknechtung handeln. Aber auch der Zugriff auf das Liegenschaftsvermögen durch die karolingische Fronung ist zunächst Geltendmachung persönlicher Haftung, da die Fronung den Schuldner zur Erfüllung zwingen soll.

II. Seit dem 12. Jahrhundert hat zwar nicht die Schuld, wohl aber die Haftung eine wesentliche Umgestaltung erfahren. Die strafrechtliche Haftung verschwindet, sie wird abgelöst insbesondere durch eine im Rahmen der persönlichen Haftung immer selbständiger hervortretende Vermögenshaftung. Die Geiselschaft wird durch neue, auf Personenhaftung abzielende Haftungsverträge ersetzt. Die Führung hat auch hier das städtische Recht.

1. Persönliche Haftung und Vermögenshaftung. Das Mittelalter hat den Standpunkt aufgegeben, daß eine Haftung des Schuldners nur als strafrechtliche Haftung und nur auf Grund seines Vertragsbruches entstehen könne. Zunächst hielt man noch den Satz fest, daß die Schuldnerhaftung erst nach der Feststellung, die Schuld werde nicht freiwillig erfüllt, eingreife. Später erkannte man, daß die Haftung unmittelbar aus der Schuld erwachse, und man ließ sie daher schon im Augenblick der Schuldbegründung entstehen und Wirkungen äußern. An die Stelle der Strafklage trat damit eine Schuldklage, an die Stelle fehderechtlicher Pfandnahme eine auf Befriedigung des Gläubigers abzielende außergerichtliche Pfändung. Auch der Schuldklage folgte nun eine der außergerichtlichen Pfändung nachgebildete Pfändung. Aber daneben hielt das Mittelalter bei Verurteilung des Schuldners noch an dem Zugriff auf die Person des Schuldners selbst fest. Aus der alten Friedloslegung abgespaltene Formen standen hier dem Gläubiger zur Verfügung: die Übergabe des Schuldners in den Besitz des Gläubigers zur ewigen, später auch ablösbaren, ja abverdienbaren Schuldknechtschaft, die sich zur Schulddienstbarkeit oder zur privaten Schuldhaft abschwächte, im späteren Mittelalter auch die öffentliche Schuldgefängnishaft, die Stadt- oder Landesverweisung. Dieser Zugriff auf die Person des Schuldners stand dem Gläubiger zunächst wahlweise neben dem Zugriff auf das

Vermögen zu. Im späteren Mittelalter aber trat der Zugriff auf das Vermögen immer beherrschender hervor, bis endlich der Gläubiger auf die Person nur noch dann greifen durfte, wenn die Vermögensvollstreckung ihm keine Befriedigung gebracht hatte. Während also die Vermögenshaftung ursprünglich nur ein Ausfluß der persönlichen Haftung war, gewann sie im Mittelalter immer selbständigere Bedeutung; das Ergebnis der Entwicklung ist, daß neben der primären Haftung des Vermögens der Haftung der Person nur noch eine subsidiäre Stellung zukommt. Und diese Vermögenshaftung hat sich auch innerlich gefestigt und differenziert. Da sie nur noch auf Befriedigung des Gläubigers zielt, gewährt sie nur eine Zugriffsmacht in der Höhe des Schuldwertes. Während der Zugriff früher nur auf bewegliche Sachen gerichtet war, ergriff die Vermögenshaftung des Hochmittelalters auch die Liegenschaften. Die Selbständigkeit der Vermögenshaftung gab endlich die Grundlage zur Entstehung der beschränkten Vermögenshaftung (unten §§ 67 und 103). Endlich konnte damit die Forderung als Vermögensobjekt anerkannt werden (§ 56, II, vgl. 173, 174).

2. Haftung kraft Haftungsvertrags. Die Bestellung einer Sachhaftung durch Pfandsetzung hatte im Hochmittelalter regelmäßig nicht mehr die Wirkung einer Befreiung des Schuldners von eigener Haftung; Sachhaftung und Schuldnerhaftung bestanden nun nebeneinander (oben §§ 42, 52). Die Geiselschaft verschwand und lebte nur noch im Einlagergedinge des Bürgschaftsrechts fort (unten § 74). Neue vertraglich begründete Personenhaftungen entstanden durch Umdeutung des Treugelöbnisses und Ausbildung ihm nachgestalteter Haftungsverträge. Der Grund dafür lag im Vordringen der Vermögenshaftung, die schon aus schlichten Gelöbnissen und Arrhalverträgen hervorging, und in dem Bedürfnis nach strengerer Bindung des Schuldners. Das Recht gewährte einem Einsatz der Person, des Lebens, der Glieder, der Ehre usw. Wirksamkeit, ohne körperliche Innehabung des Gläubigers zu verlangen. Da das Mittelalter direkte Vollstreckungsmittel ausgebaut hatte, konnten aus solchen Haftungsverträgen echte Personenhaftungen zur Entstehung kommen.

Schrifttum: v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht, 2 Bde., 1882, 1895. — Horten: Die Personalexekution, 2 Bde., 1882, 1895. — Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis, 1896. — v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899. — Egger: Vermögenshaftung und Hypothek, 1903. — Rintelen: Schuldhaft und Einlager, 1908. — Gierke: Schuld und Haftung, 1910. — H. Meyer: Zum Ursprung der Vermögenshaftung, 1911. — Planitz: Vermögensvollstreckung I, 1912; ZRG. G. 34 (1913), S. 49; Zur sächs. Vollstreckungsgeschichte, 1914; Grundlagen des deutschen Arrestprozesses, 1922. — A. Schultze: ZRG. G. 41 (1920), S. 210.

III. Das neuere Recht. Das römische Recht geht von dem Begriff der obligatio aus, der Schuld und Haftung verbindet. Kraft der Obligation ist der Schuldner mit seinem Vermögen für die

Schuld verhaftet. Ein Schuldverhältnis, das keine Haftung begründet, ist eine unvollkommene Obligation (obligatio naturalis). Der gemeinrechtlichen Wissenschaft, die diesen Sätzen folgte, kam daher die Scheidung von Schuld und Haftung nicht zum Bewußtsein. Die Haftungsformen wurden erst in der Exekution aktuell und daher dem Prozeßrechte zugewiesen. Die beschränkte Haftung z. B. faßte man als Exekutionsbeschränkung auf. Sachlich erhielt sich die Scheidung von Schuld und Haftung und ist, wie die neuere Rechtswissenschaft erkannt hat, auch im geltenden Recht lebendig. Die persönliche Haftung als Haftung mit der Person tritt nach Beseitigung der Schuldhaft (Gesetz vom 24. 5. 1868, in Frankreich seit 1867, in England seit 1869) völlig zurück; die persönliche Haftung als Haftung mit dem Vermögen ist die regelmäßige Folgeerscheinung der Schuld. Daneben kommt die Haftung mit einem Sondervermögen und die Sachhaftung vor, die als beschränkte Haftung der im Normalfall unbeschränkten Haftung gegenübergestellt werden können. Die reine Sachhaftung lebt im Grundpfandrecht in Form der Grundschuld, im Seerecht insbesondere in der Bodmerei fort. Für eine Schuld können mehrere Haftungen nebeneinander bestehen, so daß sie nebengeordnet sind, oder auch so, daß zwischen ihnen Subsidiarität besteht. Das moderne Recht kennt weiter Schulden ohne Haftung: sie gewähren zwar keine Zugriffsmacht, aber freiwillige Erfüllung ist Schulderfüllung (Spiel, BGB. 762). Auch eine Haftung ohne Schuld kommt in Einzelfällen vor.

Schrifttum: v. Schwind (oben zu II). — Isay: Jherings Jahrb. 48 (1904), S. 187. — Siber: das. 50 (1906), S. 55. — v. Schwerin: Schuld und Haftung, 1911. — Puntschart: ZfHR. 71 (1912), S. 292. — Buch: Schuld u. Haftung, 1914. — Schreiber: Schuld u. Haftung, 1914. — Strohal: Schuldpflicht und Haftung, 1914. — v. Schwind: Jherings Jahrb. 68 (1918), S. 1. — Hamburger: Das Recht aus der Haftung, 1915. — Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.

I. Abschnitt.

Entstehung des Schuldverhältnisses.

§ 58. Die Schuldentstehungsgründe.

Das ältere Recht kennt nur zwei Schuldentstehungsgründe: den Schuldvertrag (§ 59) und die unerlaubte Handlung (§ 79). Die spätere Entwicklung hat neben den Schuldvertrag noch das einseitige Versprechen gestellt (§ 61).

Außerhalb des Bereiches der Rechtsgeschäfte und unerlaubten Handlungen waren dem deutschen Recht selbständige Schuldverhältnisse nur in Einzelfällen bekannt. So gewährte es ein Rückforderungsrecht, wenn geleistet worden war auf Grund eines nichtigen oder wirksam angefochtenen Geschäfts oder auf Grund verbotenen Spiels, ebenso in den Fällen der Nichterfüllung einer Auflage, des zulässigen Widerrufs usw. Aber ein allgemeiner Grundsatz der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung ist aus den

Quellen nicht zu erschließen. Sicher ist jedenfalls, daß in den erwähnten Fällen das Rückforderungsrecht nicht auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt war. Das neuere Recht hat sich hier an das römische Recht angeschlossen, ABGB. 1431, BGB. 812, OR. 62. Ebenso liegt es bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, obwohl das deutsche Recht die Verantwortlichkeit und die Ersatzansprüche des Besorgers fremder Geschäfte in Einzelfällen (Fund, Bergung) ähnlich regelt wie das römische Recht, vgl. BGB. 677, OR. 419. Völlig auf römische Sätze geht die Verpflichtung zur Vorlegung von Sachen zurück, BGB. 809.

Auch aus Sachenrechten, Familienrechten, Erbrechten usw. können Ansprüche mit schuldrechtlichem Inhalt entstehen, z. B. die Ersatzansprüche im ehelichen Güterrecht (sog. unselbständige Schuldverhältnisse). Von ihnen ist hier nicht zu handeln.

§ 59. Die Schuldverträge.

I. Schuldverträge des älteren Rechts. Zwei Formen vertraglicher Schuldbegründung sind dem deutschen Recht in historischer Zeit bekannt: das Schuldversprechen und der Sachempfang. Die Vertragsschuld ist Versprechensschuld oder Empfangsschuld. Beide Schuldvertragsarten bedürfen der Hörbarkeit und Sichtbarkeit wie alle Rechtsgeschäfte. Während aber die Empfangsschuld durch reale Handlung, eben den Sachempfang, begründet wird, kann das bloße Schuldversprechen als rein ideeller Akt nicht genügen. Hier bedarf es der Einhaltung solenner Formen: neben dem Realvertrag (Sachempfang) steht der Formalvertrag.

So die von Sohm begründete unwiderlegte Lehre. Nicht gelungen ist der Versuch, die Form auf die Haftungsgeschäfte zu beschränken (Gierke).

1. Der Formalvertrag begegnet in zwei Arten, dem Treugelöbnis und der Wadiation. Beide sind ihrem Inhalte nach identisch und nur in der Formalität abweichend gestaltet. Während das Treugelübde bei den Sachsen, den Nordgermanen und dem größeren Teil der Franken bezeugt wird, ist die Wadiation eine von den Bayern, Alemannen, Langobarden und Friesen bevorzugte Schuldvertragsform. Diese Verschiedenheit der germanischen Stämme im Vertragsritus beweist die verhältnismäßig späte Entstehung des Formalvertrags.

a) Das Treugelübde (fides facta) wird geleistet „mit Finger und mit Zunge", mit „Hand und Mund". Das Handsymbol ist in seiner ältesten Form nach sächsischem Recht das Aufrecken des Zeigefingers oder zweier Finger der aufgehobenen rechten Hand. Oder es erhoben beide Vertragschließende ihre Hände und legten sie mit den Innenflächen aneinander. Dazu wurden formelhafte Worte gesprochen. Es kann kein Zweifel sein, daß wir es hier mit einer Schwurform zu tun haben. Auch die gleichfalls in sehr alte Zeiten zurückgehende Handreichung (der Gläubiger erfaßt die Hand des Treugelobers) wird als Schwurform entstanden sein, wenn ihr auch im Hochmittelalter ein anderer Sinn untergelegt wird (s. unten § 60).

Das Treugelübde ist also ein in Schwurform abgegebenes Versprechen, die Schuld getreulich zu erfüllen. Nichterfüllung trotz Mahnung des Gläubigers ist Treubruch, der die strafrechtliche Haftung des Schuldners nach sich zieht.

Das Treugelöbnis begegnet schon in der ältesten Zeit sowohl als Geschäftsform wie in der Form des Urteilserfüllungsgelöbnisses. Dieses bezweckte nicht die Begründung einer Haftung, sondern war aus prozessualen Gründen nötig: bei Verweigerung des Gelöbnisses freiwilliger Erfüllung hätte Urteilsungehorsamsverfahren mit unmittelbarem Strafzwang durch Friedloslegung eintreten müssen. — Nach Gierke ist die fides facta eine Verpfändung der Person im Sinne einer neueren Satzung, abgeleitet aus der Vergeiselung; diese Annahme ist für die germanische Urzeit unmöglich; wegen des späteren Mittelalters vgl. unten § 60, II, 1.

b) Der Wettvertrag (wadiatio, von vidan binden) wird geleistet durch Übergabe eines Stäbchens (wadia, lang.; festuca, fränk.); dabei werden formelhafte Worte gesprochen. Das Stäbchen, ein kurzer Holzstab, ursprünglich Fetisch, trug in alter Zeit das Hauszeichen des Schuldners (festuca notata). Es soll die Persönlichkeit des Schuldners kennzeichnen und kann daher durch andere Persönlichkeitszeichen, wie z. B. Waffen oder Kleidungsstücke des Schuldners, ersetzt werden. Unter Vorweisung dieser Zeichen kann der Gläubiger den Schuldner zur Leistung mahnen, Nichterfüllung ist Delikt. Die Wadiation ist also durch die gleichen Rechtsfolgen gesichert wie das Treugelöbnis. Wie dieses, ist sie ein Schuldversprechen, auch inhaltlich mit dem Treugelöbnis identisch. Fränkische Quellen charakterisieren die Wadiation daher als ein fidem facere per festucam.

Die Wadiation ist also von Haus aus kein Haftungsgeschäft. Sie ist weder auf Begründung der Haftung des Vermögens noch der Person des Schuldners gerichtet. Eine solche Haftung tritt erst als Folge der Nichterfüllung (als deliktische Haftung) ein. Unmöglich ist es insbesondere, die Wadiation schon in der germanischen Urzeit durch Abspaltung von der realen Pfandsetzung entstehen zu lassen (O. Gierke); die wadia ist also kein Scheinpfand, das als Haftungssymbol das lediglich ideell verstrickte Vermögen vertritt. Sie ist aber auch kein Botenstab, den der Schuldner dem Gläubiger gibt, damit dieser einen Dritten zur Bürgschaftsübernahme auffordern kann (v. Amira); denn ihre Verwendung ist nicht auf den Fall der Bürgschaft beschränkt.

Wo das römische Urkundenwesen Fuß faßte, konnte die carta die Funktion der wadia übernehmen. Der Wadiationsvertrag wurde dann durch Hingabe und Annahme der carta abgeschlossen, s. unten § 78.

2. Der Realvertrag, die älteste Schuldvertragsform, geht aus von der Verpflichtungskraft des Sachempfangs. Wer eine Sachleistung in Empfang nimmt, verpflichtet sich damit, auch seinerseits eine Sachleistung zu machen. Diese Wirkung beruht auf dem Gedanken der Entgeltlichkeit, der das ältere germanische Recht beherrscht (s. unten § 72). Daraus ergab sich für den einseitigen Schuldvertrag, z.B. die Leihe, die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache. Beim gegenseitigen Schuldvertrag, dem Tausch und Kauf, dagegen entsprach die Herausgabe der geleisteten Sache nicht dem Vertragszwecke; hier brauchte der Vorleistende nur die vereinbarte

Gegenleistung anzunehmen. Die Annahme der Vorleistung erzeugte die Schuld, die Gegenleistung zu machen. Vor der Annahme der Vorleistung bestand noch keinerlei Schuldpflicht, wenn nicht eine Partei sich durch Formalvertrag zur Vorleistung verpflichtet hatte. So lag es schon bei der ältesten Form des Tausches (Kaufes), dem Bargeschäft. Die Annahme der Leistung des einen Teils verpflichtete den andern zur sofortigen Gegenleistung. Neben dem Barkauf kommt aber schon in sehr früher Zeit der Kreditkauf vor. Hier sollte die Gegenleistung nicht sofort erfolgen. Die Annahme der Vorleistung verpflichtete den Empfänger nur zu künftiger Gegenleistung. In beiden Fällen war durch die Vorleistung die Schuld des Empfängers kundbar zur Entstehung gelangt. Kam der Empfänger seiner Schuldpflicht trotz Mahnung des Gläubigers nicht nach, so trat die strafrechtliche Haftung des Empfängers ein. Die Annahme der Vorleistung hatte sonach die Haftung des Empfängers zur mittelbaren Rechtsfolge.

Ebenso wurde beim einseitigen Schuldvertrag durch den Sachempfang zunächst nur eine Schuldpflicht zur künftigen Herausgabe geschaffen, die sich aber zur Haftung des Entleihers steigerte, wenn er der Mahnung des Gläubigers zur Herausgabe ungehorsam war.

In England sind die Fälle der anvertrauten beweglichen Sache noch heute unter dem Gesamtbegriff der bailments zusammengefaßt.

Aus dem Realvertrage hat sich schon in fränkischer Zeit der **Arrhalvertrag** abgespalten. Er entstand, als man die Verpflichtungskraft der Vorleistung schon einer bloßen Teilleistung von geringem Wert (arrha) zusprach, die als Sinnbild der Vorleistung erschien. Soweit die arrha zur bloßen Scheinleistung wurde, lag ein reiner Formalvertrag vor, wenn auch der Schein eines Realvertrags gewahrt blieb; soweit sie als reale Vermögensleistung gewertet wurde, war mit dem Formalvertrag ein Realvertrag verknüpft. Durch die Annahme der arrha wurde nur der Empfänger zur Gegenleistung verpflichtet, nicht der Geber der arrha. Beim Kaufvertrag entstand also nur eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der gekauften Sache, nicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises. Sobald freilich der Kaufgegenstand übergeben wurde, entstand die Pflicht des Käufers zur Gegenleistung kraft Sachempfangs. Solange aber noch nicht geliefert war, konnte die Leistungspflicht des Gebers der arrha nur durch besonderen Formalvertrag begründet werden. Neben der arrha wurde daher häufig eine wadia gegeben. Das wurde allmählich überflüssig; die arrha übernahm auch die Funktion der wadia. Durch die Hingabe der arrha verpflichtete sich auch der Geber.

Damit hing etwas Weiteres zusammen. Im älteren Recht konnte der Geber der arrha, da er selbst noch nicht gebunden war, sich vor Empfang der Gegenleistung vom Vertrage lossagen. Lehnte er die Gegenleistung ab, so stand ihm auch kein Anspruch auf Rückgabe der arrha zu Die arrha war für ihn Reugeld. Hieran hielten mittelalterliche Rechte fest, obwohl nun an sich eine Bindung des Gebers der arrha feststand, ja manche Rechte dehnten das Reurecht sogar auf den Empfänger der arrha aus.

II. Im Mittelalter haben die alten Schuldvertragsformen sich zunächst erhalten. Sie haben sich aber besonders in den Städten nach Inhalt und Bedeutung erheblich gewandelt.

1. Der alte Formalvertrag mit seinem feierlichen Ritus war bei den sich mehrenden Geschäften des täglichen Lebens nicht mehr am Platze. Aber auch seinem Inhalte nach schien er entbehrlich, wenn es nur darauf ankam, eine Schuld mit deren normalen Wirkungen zu begründen. Während das ältere Recht die Schwurform benötigte, weil erst der Bruch der gegebenen Treue die strafrechtliche Haftung des Schuldners nach sich zog, ließ das Mittelalter eine persönliche, auf Befriedigung des Gläubigers abzielende Haftung als unmittelbare Folge der Schuld erwachsen. Dazu genügte aber ein in offenkundiger Form abgegebenes und angenommenes Schuldversprechen. So wurde das Treugelöbnis abgedrängt auf Fälle, wo eine über das normale Maß hinausgehende Haftung erstrebt wurde. Im Regelfall aber kam seit dem 13. Jahrhundert besonders in den Städten das schlichte Gelöbnis zur Anwendung, d. h. ein Schuldversprechen ohne Schwur, aber mit gewissen Publizitätsformen, häufig dem Handschlag. Der Realvertrag blieb in der alten Form in Übung, ebenso der Arrhalvertrag. Aus den Formen der Liegenschaftsübereignung übernahm man Gottespfennig und Weinkauf (leitkauf) als Arten der arrha; der Gottespfennig wurde der Kirche oder den Armen übergeben, während der Weinkauf von den Vertragsparteien und den zugezogenen Zeugen vertrunken wurde. Beide Verwendungen sollten den Charakter der arrha als einer bloßen Scheinleistung zum Ausdruck bringen.

2. Neben diese alten Vertragsformen stellt nun das Mittelalter eine neue Gruppe ihrem Inhalt nach voneinander abweichender Schuldverträge. Neben Kauf und Tausch tritt die Schenkung als unentgeltlicher Sachleistungsvertrag. Aus der alten Fahrnisleihe erwachsen Darlehen und Verwahrungsvertrag zu selbständigen Instituten, aus der Grundstückleihe Miete und Pacht. Das neue Gebiet des Arbeitsvertrags entsteht mit den zahlreichen Abarten des Dienst- und Werkvertrags. Spiel und Wette entwickeln sich zu Schuldverträgen. Aus der Verwendung der Urkunde im Schuldvertragsrecht erwächst das Wertpapierrecht. Diese neuen Schuldverträge wenden nun die alten Vertragsformen in immer willkürlicher werdender Weise an. Zwar Leihe, Darlehen und Verwahrungsvertrag bleiben grundsätzlich Realverträge. Aber beim Kauf, der meist Real- oder Arrhalvertrag ist, finden sich nicht nur Gelöbnisse, den Kaufpreis zu zahlen, sondern auch solche, die gekaufte Sache zu liefern. Beim Werkvertrag, der durch Gelöbnis oder als Realvertrag abgeschlossen werden kann, findet sich auch ein Angeld des Bestellers. Ebenso beim Gesindevertrag der Mietstaler. Hier wird das Angeld in einer Weise zur Anwendung gebracht, die nichts mehr mit seinem ursprünglichen Sinn zu tun hat; wird es doch in manchen Städten zur öffentlichen Abgabe. Die Vorliebe des späteren Mittelalters für das Angeld zeigt, daß der alte Schuldvertragsformalismus verwildert und zur Beseitigung reif war. Die Kraft der Schuldbegründung war in das formlose Versprechen gelegt, nur blieb es üblich, eine

konventionelle Vertragsform beizubehalten. Kam es aber nur auf eine Form als solche an, so mußte die Anwendung der alten Beweissicherungsformen, Zuziehung von Geschäftszeugen, Öffentlichkeit, Beurkundung (oben § 11) genügen. Damit war der Boden für den Konsensualvertrag geebnet, dessen Anerkennung schon die kirchliche Ethik des frühen Mittelalters aus religiösen Gründen gefordert hatte.

III. Die Rezeption des römischen Rechts, das in vier wichtigen Fällen (Kauf, Miete, Auftrag, Gesellschaft) dem Konsensualvertrag, der bloßen Willenseinigung der Parteien, bindende Kraft verlieh, fand einen wohlvorbereiteten Boden. Auch die römischen Realkontrakte wurden aufgenommen, nicht dagegen die stipulatio, der Formalvertrag des Justinianischen Rechts. Die Entwicklung zielte auf weitere Ausdehnung des Konsensualvertrags, die schon die mittelalterlichen Kanonisten angestrebt hatten und die nun das Naturrecht prinzipiell forderte. So wurde im gemeinen Recht seit dem 17. Jahrhundert der Grundsatz der Formfreiheit der Verträge allgemein herrschend. Wenn auch die Realverträge erhalten blieben, so wurde doch auch ein formfreier Vertrag über Eingehung eines Realvertrags als wirksam anerkannt. Auch konnte sich die Auffassung anbahnen, daß nicht mehr die Hingabe der Sache der formale Rechtsgrund der Leistungspflicht des Schuldners sei, sondern die Willenseinigung der Parteien; die Hingabe erschien dann nur des Inhalts der Leistungspflicht wegen als deren Voraussetzung. Dem Grundsatz der Formfreiheit folgt die neueste Entwicklung, wie sie insbesondere für das Handelsrecht im AHGB. zum Ausdruck kam, dessen Sätze das BGB. auf das allgemeine Bürgerliche Recht ausdehnte (so auch OR. 11).

Die neueren Gesetzgebungen haben freilich wieder in größerem Umfange Formvorschriften für Einzelfälle aufgestellt, besonders das ALR. Es kommen da insbesondere Schriftform, gerichtliche oder notarielle Beurkundung, gerichtlicher Abschluß in Betracht. Auch das BGB. hat solche Ausnahmen aufgenommen, die vom HGB. z. T. wieder durchbrochen werden (oben § 11).

Die arrha hat sich als Handgeld, Draufgabe erhalten, besonders im Miet- und Gesinderecht. Formerfordernis blieb sie freilich nur in einigen Gesindeordnungen, z. B. der preußischen von 1810. Regelmäßig wurde sie zum bloßen Beweismittel des durch Willenseinigung geschlossenen Vertrags, so auch ABGB. 908 (Angeld) und BGB. 336. Danach wird sie im Zweifel auf die Leistung angerechnet (BGB. 337), während das OR. 158 sie, wie früher besonders Gesindeordnungen, als Zugabe behandelt. Reugeld ist sie heute nur kraft Vertrags, ABGB. 909, BGB. 336 Abs. II, OR. 158.

Schrifttum: Vgl. oben zu § 57. Dazu: Sohm: Das Recht der Eheschließung, 1875. — Siegel: Der Handschlag und Eid, 1894. — Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis, 1896. — v. Schwerin: ZRG. G. 25 (1904), S. 323. — Puntschart: das. 26 (1905), S. 165. — v. Amira: Die Handgebärden, 1905; Der Stab, 1909; Wadiation, 1911. — Kohler: Berl. Gierkefestschrift 1910. — Weddel: Z. vergl. RW. 18, S. 138. —

Gmür: Schweizerische Bauernmarken und Holzurkunden, 1917. — Puntschart in Hoops Reallexikon IV, 1918, S. 514. — H. Meyer: Gött. Nachr., 1930, S. 484. — F. Beyerle: Weinkauf und Gottespfennig an Hand westdeutscher Quellen, Festschrift für Schultze, 1934. — Charmatz: Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, 1937.

§ 60. Die Haftungsverträge.

I. Die älteren Haftungsverträge. Unmittelbar auf Begründung einer Haftung gerichtete Verträge bedürfen im älteren Recht für den Gläubiger immer der gegenwärtigen Verschaffung der Gewere am Haftungsobjekt. Denn das herrschende Vollstreckungssystem gewährte dem Gläubiger nicht die Möglichkeit, ein ohne gegenwärtige Machtverschaffung vollzogenes, auf Haftung gerichtetes Versprechen zu realisieren.

Hatte z. B. ein Schuldner sich durch Vertrag zur Selbsthingabe für den Fall der Nichterfüllung verpflichtet, so war eine zwangsweise Durchführung dieses Versprechens nicht möglich. Hielt der Schuldner sein Versprechen nicht, so stellte das Recht nur den Strafzwang gegen den ungehorsamen Schuldner zur Verfügung. In Wahrheit war ein solcher Selbsthingabevertrag also nur ein Schuldvertrag, kein Haftungsvertrag.

Wahre Haftungsverträge sind im älteren Recht nur die Pfandsetzung und die Vergeiselung. Die Pfandsetzung ist Bestellung einer Sachhaftung für Schuld. In früher Zeit ergreift sie nur Mobilien, später auch Immobilien. Das Pfand ist Eigentumspfand und fordert die Übertragung der Gewere. Es verschafft dem Gläubiger eine reine Sachhaftung, da mit der Pfandbestellung die Entstehung einer strafrechtlichen Haftung des Schuldners ausgeschlossen wird. Vgl. oben § 42, 52. Die Vergeiselung ist Bestellung einer Personenhaftung für Schuld. Im übrigen kommen die Sätze des Pfandrechts im wesentlichen zur Anwendung. Vgl. unten § 76. Übrigens konnte der Schuldner auch sein Leben, seine Gliedmaßen usw. einsetzen; aber solche Verträge bedurften immer der Übertragung der gegenwärtigen Gewere an der Person des Schuldners.

II. Die jüngeren Haftungsverträge entstanden aus der Umwandlung des Formalvertrags.

1. Das Treugelöbnis wurde auf französischem Boden schon in spätfränkischer Zeit, in Deutschland seit dem 12. Jahrhundert zum Haftungsgeschäft. Der Grund dafür lag in der Umwandlung des Vollstreckungsverfahrens. Die alte Friedlosigkeit war im Schuldprozesse durch die Schuldknechtschaft oder Schuldhaft verdrängt worden. So entstand die Anschauung, daß die Person des Schuldners bestimmt sei, dem Gläubiger bei Nichterfüllung zu verfallen. Diese Anschauung verband sich mit den in der alten Geiselschaft lebenden Ideen. Die Person des Schuldners war zwar kein Faustpfand wie der Geisel, aber sie war bestimmt, Faustpfand zu werden. Die Entwicklung geht hier Hand in Hand mit dem Ausbau direkter Vollstreckungsmittel gegen die Person des Schuldners. Die Haftung des Schuldners mit seiner Person mußte nicht mehr aus strafrechtlichen Gesichtspunkten hergeleitet werden, sie konnte durch Vertrag begründet sein. Der

Formalismus des Treugelöbnisses ließ eine solche Deutung zu. Die alte Schwurform der Handreichung konnte als symbolische Besitzergreifung des Gläubigers an der Person des Schuldners ausgelegt werden. So wurde eine Machtunterworfenheit begründet, die eben durch die Personalexekution realisiert wurde. Die Quellen sprechen daher von einer fides corporalis (foi de corps), einem plegium corporis. Das Treugelöbnis diente sonach im Mittelalter zur Haftungsbestärkung.

Neben dem Treugelöbnis oder in Verbindung mit ihm kommen im Mittelalter Haftungsbestärkungsverträge mit mannigfachem Inhalt vor. Verpfändungen des Lebens, der Gliedmaßen usw. werden wirksam ohne gegenwärtige Verschaffung der Gewere. Häufig sind insbesondere Verpfändungen der Ehre, meist im Zusammenhang mit einem Treugelöbnis. Besonders im Ritterrecht wird die adelige Standesehre verpfändet. Der Schuldner unterwirft sich für den Fall der Nichterfüllung der Ehrlosigkeit, dem Gläubiger wird das Recht der Ehrenschelte, der Beschimpfung durch Schandgemälde und Spottgedichte usw. zugestanden. Auch die eidliche Bekräftigung des Schuldversprechens dient der Bestärkung der Haftung, insofern der Schuldner sich für den Fall der Nichterfüllung der Meineidstrafe aussetzt. Seit dem 12. Jahrhundert kommt in Deutschland nach französischem Vorbilde besonders in ritterlichen Kreisen das Einlagerversprechen zur Anwendung, durch das der Schuldner, meist aber ein Bürge, sich verpflichtet, Einlager zu halten, s. u. § 76.

2. Auch der Wadiationsvertrag scheint im späteren Mittelalter partikulär zum Haftungsgeschäft, gerichtet auf Verstärkung der Vermögenshaftung, geworden zu sein. Es hing das damit zusammen, daß bei der Pfändung die sofortige Wegnahme des ganzen Pfandes partikulär durch Wegnahme eines bloßen Scheinpfands (des kleinen Pfandes) abgelöst wurde. Indem der Schuldner selbst ein solches kleines Pfand bestellte, entzog er sich die Verfügung über das haftende Vermögen.

III. Im neueren Recht sind die auf Begründung einer leiblichen Haftung gerichteten Haftungsgeschäfte verschwunden, so insbesondere das Treugelöbnis und das Einlager, während dem eidlichen und ehrenwörtlichen Versprechen nur noch eine moralische Bindungskraft verblieb. Das geltende Recht kennt nur zwei Haftungsgeschäfte: die Bürgschaft und die Pfandsetzung, s. §§ 42, 52, 76.

Schrifttum: Vgl. oben zu §§ 57, 59.

§ 61. Das einseitige Versprechen.

I. Im älteren Recht bedurfte es zur rechtsgeschäftlichen Entstehung von Schuld und Haftung immer eines Vertrags. Ein einseitiges, nicht von einem Gläubiger angenommenes Versprechen konnte keine Verpflichtungskraft haben. Freilich waren Verträge zugunsten Dritter möglich; so konnte ohne Zweifel ein Versprechen in die Hand eines Treuhänders zugunsten eines erst noch zu bestimmenden Dritten abgegeben werden. In dieser Form konnte insbesondere die Auslobung vollzogen werden, d. h. das Versprechen einer Belohnung für die noch unbestimmte Person, die eine Handlung vornehmen würde. So dürften sich die Berichte germanischer Dichtungen über solche Auslobungen juristisch erklären. Bei solchen Geschäften trat nun das Versprechen des Auslobers so stark hervor, daß die Auffassung aufkommen konnte, der Mitwirkung eines Dritten bedürfe

es überhaupt nicht. Das wurde von besonderer Bedeutung, als die Formlosigkeit der Schuldverträge im späteren Mittelalter durchdrang; damit konnte dem formlos kundgegebenen rechtsgeschäftlichen Willen schon aus dem Gedanken der Gebundenheit an das Wort im Schuldrechte Bindungskraft zugesprochen werden. So erklärt sich weiter die im späteren Mittelalter herrschende bindende Kraft des Antrags.

II. Das römische Recht sprach nur dem Vertrag Verpflichtungskraft zu, anerkannte aber Ausnahmen (votum, pollicitatio). Dem schlossen sich das gemeine Recht und die Kodifikationen an (ALR., CC., ABGB.). Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts trat eine wissenschaftliche Bewegung für die Rechtsverbindlichkeit des einseitigen Versprechens ein, zuerst im Wertpapierrecht (Kreationstheorie), sodann besonders für die Auslobung. Doch erwies sich das Vertragssystem des modernen Schuldrechts als so geschmeidig, daß auf die bedenkliche Form des einseitigen Schuldversprechens regelmäßig verzichtet werden konnte. Das BGB. gewährt nur der Auslobung als einseitigem Schuldversprechen Rechtswirksamkeit (657 ff., ABGB. 860, ZGB. 7). Daneben kommt dem Antrag bindende Kraft zu (BGB. 145, OR. 3), obwohl das gemeine Recht sie nach römischem Vorbild verneinte (so auch CC., anders aber schon ALR. und ABGB.).

Dem englischen Recht ist das einseitige Versprechen unbekannt. Der Antrag ist nicht bindend, er kann jederzeit vor der Annahme widerrufen werden. Die Auslobung erscheint als Offerte in incertam personam (general offer).

Schrifttum: Siegel: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873.

II. Abschnitt.

Rechtsfolgen des Schuldverhältnisses.

§ 62. Die Leistungspflicht.

Aus dem Schuldverhältnis folgt für den Schuldner die Pflicht zur Leistung. Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Vermögenswert braucht sie nicht zu besitzen.

I. Die Form der Leistung ist je nach dem Schuldinhalte verschieden. Eine besondere Stellung nehmen die auf Hingabe einer Sache oder Zahlung einer Geldsumme gerichteten Schulden ein, insofern hier die Persönlichkeit des Leistenden an Bedeutung verliert. Nur bei persönlichen Leistungen, z. B. Diensten, bleibt die Person des Leistenden maßgebend. Bei sachlichen Leistungen entscheidet nur, daß der Gläubiger erhält, was er zu bekommen hat. Hier genügt es daher, wenn dem Gläubiger die Leistung durch einen Dritten verschafft wird. Die von einem Dritten angebotene Leistung kann der Gläubiger daher nicht ablehnen. Eine Ausnahme machen neuere Rechte nur dann, wenn der Schuldner der Leistung des Dritten widersprochen hat (ALR., CC., ABGB. 1423, BGB. 267).

1. Der Leistende hat einen Anspruch auf Quittung. Die Quittung war im Mittelalter eine dispositive Urkunde, durch die der Gläubiger den

Schuldner aus der Schuld entließ. Im neueren Recht ist sie dagegen regelmäßig nur noch Beweismittel (ABGB. 1426, BGB. 368). Schon im Mittelalter legitimiert die im voraus ausgestellte Quittung den Überbringer zur Empfangnahme der Leistung, so auch BGB. 370. Ist ein Schuldschein ausgestellt, so hat der leistende Schuldner weiter ein Recht auf Rückgabe des Schuldscheines. Schon in fränkischer Zeit mußte der Gläubiger, der den Schuldschein nicht zurückgeben konnte, dem Schuldner eine epistula evacuatoria ausstellen; dem entspricht der Mortifikationsschein des neueren Rechts, ALR., ABGB. 1428, OR. 90, BGB. 371.

2. Die geschuldete Leistung kann durch sog. Erfüllungssurrogate ersetzt werden.

a) Gang und gäbe war im älteren Recht die Leistung an Erfüllungs Statt. Sie hatte ihren Grund in dem Mangel an gemünztem Geld. Der Gläubiger mußte daher an Stelle der geschuldeten Geldleistung eine andere Leistung zum Taxwert annehmen. Obwohl das gemeinrechtliche beneficium dationis in solutum dem im wesentlichen entsprach, haben die neueren Gesetzgebungen die Annahme an Erfüllungs Statt vom freien Belieben des Gläubigers abhängig gemacht (ALR., CC., ABGB. 1413). Nur durch Vertrag kann eine nichtgeschuldete Leistung zum Ersatz der Erfüllung bestimmt werden (ABGB. 1414, BGB. 364 Abs. I, sogenannter schuldabändernder Vertrag). Der Schuldner hat, wie schon im älteren Recht, für Mängel des Ersatzgegenstandes zu haften, BGB. 365.

b) Die öffentliche Hinterlegung ist als Erfüllungssurrogat im Mittelalter für den Fall des Gläubigerverzugs ausgebildet worden, nachdem das Preisgaberecht dem Schuldner entzogen worden war (unten IV). Das neuere Recht hat die Hinterlegungsfälle erweitert, vgl. ABGB. 1425, BGB. 372ff.

c) Eine Schuldtilgung durch Aufrechnung von Schuldforderungen kommt im älteren Recht nur in Form eines Aufrechnungsvertrags vor. Einseitig erklärte Aufrechnung wurde im Mittelalter zuerst bei konnexen Forderungen wirksam. Seit dem 15. Jahrhundert beginnt die Entwicklung des Kontokorrents. Es werden Forderungen und Leistungen als Rechnungsposten in die laufende Rechnung aufgenommen. Periodische Saldoziehung gehört erst der neueren Zeit an. Die Aufnahme der römischen Kompensation drang nicht völlig durch: die neueren Rechte lassen in Ablehnung des gemeinrechtlichen Satzes ipso jure compensatur (so noch CC. 1290, ABGB. 1438) die Aufrechnung nur durch eine einseitige Willenserklärung wirksam werden. BGB. 387ff., OR. 120ff. In neuerer Zeit hat die Aufrechnung durch die Weiterentwicklung des Kontokorrentvertrages und der Skontration eine großartige Weiterbildung erfahren.

In England ist die Aufrechnung (set-off) erst seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts zulässig geworden, und zwar für alle wechselseitigen liquiden Forderungen.

II. Der Leistungsort war im älteren Recht grundsätzlich das Haus des Schuldners. Hier mußte sich der Gläubiger die Leistung holen, der Schuldner hatte sie nur bereitzuhalten. Die Schuld war Holschuld. Doch konnten die Parteien einen anderen Leistungsort vereinbaren. Seitdem die Mahnung ihre Bedeutung für die Entstehung der Haftung verlor, konnte die Schuld zur Bringschuld werden. Das war für Geldschulden schon seit dem 13. Jahrhundert der Fall: der Schuldner hatte im Hause des Gläubigers zu zahlen. Doch gab es hier auch Ausnahmen. Holschuld blieb z. B. die Zinsschuld des Leihemanns (Gatterzins). Die Schulden aus Präsentationspapieren (Wechsel) haben den Charakter als Holschuld seit dem Mittelalter bis heute bewahrt. Die neueren Rechte behandeln

die Geldschulden als Bringschulden (so auch OR. 74, anders nur CC., ABGB. 905), das ALR. geht sogar über den Kreis der Geldschulden hinaus. Dagegen bestimmt das BGB. 270 grundsätzlich den Wohnsitz des Schuldners zum Leistungsort und verpflichtet den Schuldner nur zur Übermittlung von Geld an den Wohnsitz des Gläubigers, ohne diesen zum Leistungsort zu machen. Die Geldschuld hört damit auf, echte Bringschuld zu sein.

Zahlungen aus öffentlichen Kassen sind nach allgemein geltendem Landesrecht an der Kasse in Empfang zu nehmen. EG. 92.

III. Die Leistungszeit. Schon im älteren Recht galt der Satz, daß der Schuldner sofort zu leisten habe, wenn ihm nicht durch Rechtsgeschäft eine spätere Leistungszeit bestimmt war. Da aber die strafrechtliche Haftung des Schuldners erst zur Entstehung kam, wenn er vom Gläubiger (meist mehrfach) in bestimmten zeitlichen Abständen gemahnt worden war, so kamen gesetzliche Leistungstermine zur Entstehung. So mußten z. B. urteilsmäßig festgestellte oder vor Gericht gelobte Schulden in bestimmten Fristen (6 Wochen, 14 Tage usw.) bezahlt werden, weil erst nach dieser Zeit die durch die Mahnung oder richterliche Bannlegung erwirkte strafrechtliche Haftung eintreten konnte. Die Leistungspflicht war hier also sofort gegeben, der Schuldner konnte und sollte sofort zahlen, nur die Vollstreckung war aufgeschoben. Es handelte sich demnach grundsätzlich um Prozeßfristen. Echte gesetzliche Termine kamen dagegen besonders im Rechte der Grundleihe und Reallast vor. Nach den neueren Rechten hat der Schuldner wieder sofort zu leisten, wenn nicht eine andere Leistungszeit festgesetzt ist (ABGB. 904); aber auch dann kann er im Zweifel die Leistung auch früher bewirken, BGB. 270, OR. 81. Gesetzliche Leistungstermine kennt das geltende Recht z. B. für die Miete, BGB. 551.

IV. Die Annahme der Leistung. Den Gläubiger trifft keine Annahmepflicht. Nimmt er aber die ihm tatsächlich angebotene Leistung nicht an, gleichgültig ob schuldhaft oder nicht, so ist der Tatbestand des Gläubigerverzugs gegeben, der Rechtsfolgen im Interesse des Schuldners auslöst. Der Schuldner wird von der Haftung für zufälligen Untergang des geschuldeten Gegenstandes befreit. Er konnte nach älterem Recht sogar den geschuldeten Gegenstand unter den Formen der Scheinerfüllung preisgeben; im späteren Mittelalter verlangte man dessen Hinterlegung bei der Obrigkeit oder einem Treuhänder. Weiter wurde eine verzinsliche Schuld unverzinslich. Auch war der Gläubiger zu vollem Schadenersatz verpflichtet. Das entspricht im wesentlichen auch dem neueren Recht, BGB. 293ff., OR. 91ff. Doch ist die Preisgabe nur für Grundstücke zulässig, sonst wird Hinterlegung gefordert (BGB. 303, 372). Die Schadenersatzpflicht ist beschränkt worden, BGB. 304.

Schrifttum: Behrend: Beiträge zur Lehre von der Quittung, 1896. — Heuer: Der Annahmeverzug, 1911 (Beyerles Beitr. 6, 1). — Prausnitz: Geschichte d. Forderungsverrechnung (Heymanns Arb. 49), 1928.

§ 63. Der Leistungsverzug.

I. Das ältere Recht. Kraft des Schuldverhältnisses hatte der Schuldner rechtzeitig und am rechten Ort zu leisten. Leistete er nicht rechtzeitig, so konnte ihn der Gläubiger in Leistungsverzug versetzen. Dazu gehörte, daß der Gläubiger den Schuldner in gesetzlichen Formen zur Leistung mahnte. Nichterfüllung auf (häufig mehrfache) Mahnung war strafbares Unrecht. Der Schuldner kam in Leistungsverzug mit der Rechtsfolge strafrechtlicher Haftung. Die Grundlage der strafrechtlichen Verfolgung bildeten die auf die einzelne erfolglose Mahnung hin verfallenden Verzugsbußen. Dabei war es ohne Bedeutung, aus welchem Grunde der Schuldner die Leistung unterließ. Ein Verschulden des Schuldners wurde nicht gefordert.

Die Klage gegen den säumigen Schuldner ist daher keine Leistungsklage, sondern eine Deliktsklage. Das englische Recht hat an diesem Standpunkt bis in die neuere Zeit festgehalten.

II. Im Mittelalter verlor die Schuldmahnung ihre alte Bedeutung. Die Haftung des Schuldners trat nicht erst als Straffolge der Nichterfüllung ein, sondern ergab sich unmittelbar aus der Schuld (oben § 57, II, 1). Die Mahnung erhielt sich nur noch als Voraussetzung der außerprozessualen Pfändung. Im übrigen war sie bedeutungslos. Die Holschuld konnte zur Bringschuld werden. Bei fester Terminsvereinbarung mußte ohne Mahnung geleistet werden (dies interpellat pro homine). Mit dem Wegfall der strafrechtlichen Haftung wurde auch die Verzugsbuße entbehrlich; als letzten Rest kennen mittelalterliche ländliche Rechtsquellen die Doppelpfändung und das Drittpfennigsrecht. Daher war zeitweise im Mittelalter der Leistungsverzug für den Schuldner ohne nachteilige Rechtsfolge. Das widersprach den Interessen des Gläubigers. Er verlangte daher häufig bei Vertragsschluß, daß der Schuldner den durch etwaigen Verzug entstehenden Schaden oder Verzugszinsen zu zahlen gelobte; vielfach wurde dem Gläubiger gestattet, die geschuldete Summe bei einem Dritten auf Kosten des Schuldners aufzunehmen; selbst den Rücktritt vom Vertrag ließ sich der Gläubiger für den Verzugsfall zugestehen. Eine gesetzliche Pflicht zum Ersatz des Verzugsschadens hat sich im Mittelalter in manchen Stadtrechten entwickelt, zunächst beschränkt auf gewisse Vertragstypen (Miete, Gesindevertrag usw.). Späte Stadtrechte haben dem Verkäufer für den Fall des Leistungsverzugs des Käufers das Rücktrittsrecht gewährt. Auch im Mittelalter wurde ein Verschulden beim Leistungsverzug nicht vorausgesetzt, doch konnte sich der Schuldner durch den Nachweis echter Not von den Folgen des Leistungsverzugs befreien.

III. In der Neuzeit wird das römische Verschuldensprinzip gemeines Recht. Leistungsverzug liegt nur vor, wenn der Schuldner schuldhaft nicht erfüllt. Daher wird jetzt auch die Schadenersatzpflicht des schuldhaft säumigen Schuldners allgemein anerkannt. Darüber hinaus verfallen bei Geldschulden Verzugszinsen in taxmäßiger Höhe, die unabhängig ist von dem wirklichen Schaden. Der Reichsdeputationsabschied von 1600 gewährte

bei Darlehen 5 Prozent Verzugszinsen und den Ersatz eines etwa größeren Schadens. Dem schlossen sich die Partikularrechte im wesentlichen an; ALR. und CC. lassen nur Verzugszinsen zu. Die Zinshöhe schwankte zwischen 4 und 6 Prozent. Nach dem BGB. beträgt sie 4 Prozent, nach dem HGB. 5 Prozent (so auch OR. 104), nach der WO. 6 Prozent. Ein höherer Schaden kann geltend gemacht werden, BGB. 288, OR. 106. Das Rücktrittsrecht im Verzugsfalle ist auf alle gegenseitigen Verträge ausgedehnt worden, BGB. 326. Während des Verzugs haftet der Schuldner auch für Zufall, BGB. 287, OR. 103. Auch das BGB. vertritt das Verschuldensprinzip, macht aber erhebliche Ausnahmen, 285, vgl. 278, 848. Nach ABGB. genügt objektive mora, doch löst der verschuldete Verzug weitergehende Rechtsfolgen aus, 1333f., 920. Nach OR. treten Verzugszinsen, Rücktritts- und Schadenersatzrecht auch ohne Verschulden ein, 104, 107, vgl. 103.

Das englische Recht fordert kein Verschulden.

Schrifttum: Löning: Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876. — Sickel: Die Bestrafung des Vertragsbruchs, 1876. — Heymann: Das Verschulden bei Erfüllungsverzug, 1913. — Mitteis: Rechtsfolgen des Leistungsverzuges beim Kaufvertrag, 1913 (Beyerles Beitr. 8, 2). — Kisch: Das Schadennehmen, 1913.

IV. Vertragsstrafen finden sich schon in fränkischer Zeit. Der Schuldner versprach eine Erweiterung seiner Schuld für den Fall des Leistungsverzuges. Die Formen wurden dem römischen Urkundenwesen entnommen. Der Zweck war Erhöhung des mittelbaren Zwangs zur freiwilligen Schulderfüllung. Auch das neuere Recht hat die Vertragsstrafen beibehalten. Es kann verabredet sein, daß die Strafe neben oder daß sie an Stelle der Erfüllung zu leisten ist; soll in diesem Falle der Schuldner die Wahl haben, so wirkt die Strafe als Reugeld. Die Höhe der Vertragsstrafe wurde vielfach auf den doppelten Betrag des gesicherten Interesses beschränkt (ALR.), andere Gesetze geben dem Richter das Recht zur Ermäßigung (ABGB. 1336, OR. 163 Abs. III, BGB. 343, anders HGB. 348).

§ 64. Haftung für Verschulden und Zufall.

I. Das ältere deutsche Recht. Nur durch Leistung kam der Schuldner seiner Schuldpflicht nach. Nichterfüllung war strafbares Unrecht. Hierbei war gleichgültig, aus welchem Grunde die Leistung unterblieb. Es kam darauf an, daß der Gläubiger bekam, was er zu bekommen hatte. Der Schuldner konnte nicht geltend machen, daß ihn an der Nichterfüllung kein Verschulden träfe. Er konnte sich auf unverschuldete Unmöglichkeit nicht berufen; er hatte für Zufall zu haften. Konnte z. B. der Verkäufer eines Grundstücks nicht leisten, weil ihn die Beispruchsberechtigten daran hinderten, so mußte er dafür aufkommen. Ebenso lag es für den Entleiher, dem die anvertraute Sache gestohlen oder beschädigt wurde. Aber gerade für die Fälle der Rückgabepflicht anvertrauter Sachen setzten sich schon früh Ausnahmen durch. Der Verwahrer eines Tieres wurde von der Rückgabepflicht befreit, wenn er nachweisen konnte, daß das Tier den gemeinen Tod gestorben war, er hatte die Haut des

Tieres herauszugeben. Befreit wurde weiter der Frachtführer, dessen Wagen auf dem Transport geplündert worden war. Ebenso wurden Unglücksfälle, wie Brand, Überschwemmung, Mißwachs, Hauseinsturz behandelt, alles Fälle, die dem Gedanken der echten Not (oben § 13) nahekommen. Für Diebstahl, Sachbeschädigung usw. mußte der Schuldner aber regelmäßig aufkommen. Danach ließe sich als Prinzip aufstellen der Satz, daß der Schuldner für Verschulden und Zufall (inneren Zufall), nicht aber für höhere Gewalt (äußeren Zufall) zu haften habe. Aber dieses Prinzip war weder für alle Schuldverhältnisse noch überhaupt konsequent durchgeführt. Bei der Regelung im einzelnen blieb man im Typischen stecken. So wurde der Hirt, dem Wölfe oder Räuber ein Tier raubten, nur befreit, wenn er das Gerüfte erhob. Waren weiter in der Gewere des Schuldners nur Sachen des Gläubigers verbrannt, nicht zugleich solche des Schuldners selbst, so blieb dieser herausgabepflichtig: aus der Verschonung der eigenen Sache des Schuldners schloß man, daß der Brand nicht als Unglück zu betrachten sei. Keine Anwendung fanden diese Haftungsmilderungen, wenn der Schuldner die Sachen überwiegend zu seinem Vorteil innehatte (Pfand, unentgeltliche Leihe, aber auch entgeltliche Verwahrung): hier trug der Schuldner die Gefahr. Wo ein Unglück verneint wurde, hatte der Schuldner ohne nähere Untersuchung des Einzelfalls Ersatz zu leisten; Grade der Verantwortlichkeit wurden nicht anerkannt.

II. Das rezipierte römische Recht lehnte die Haftung für casus ab und kannte nur Haftung für dolus und culpa. Die Haftung für Verschulden war nach den Graden des Verschuldens abgestuft (culpa lata und levis, byzantinisch). Diese Sätze wurden gemeines und meist auch partikuläres Recht. Doch hatte schon die Doktrin des Mittelalters die Haftung für culpa levissima hinzugefügt, die der deutschen Zufallshaftung im wesentlichen entsprach (so auch ALR.). Vielfach wurden deutschrechtliche Gedanken mit römischen vermischt. Die Enthaftung des Schuldners bei gleichem Schicksal der eigenen und der anvertrauten Sachen wurde aus dem Gedanken der diligentia quam in suis begründet. Bei überwiegendem Vorteil des Schuldners sollte dieser jetzt für culpa levis, bei solchem des Gläubigers nur für culpa lata haften (vgl. OR. 99 Abs. 2). Im geltenden Recht hat der Schuldner Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten (BGB. 276, vgl. OR. 99: jedes Verschulden). In manchen Fällen haftet er nur für grobe Fahrlässigkeit, z. B. 300, 521, 599, vgl. OR. 99 Abs. 2, so insbesondere auch, wenn von ihm nur die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten verlangt wird (277, z. B. 690, 708). Die culpa levissima ist beseitigt. Für Zufall wird grundsätzlich nicht gehaftet. Doch sind im modernen Recht in steigendem Maße bedeutsame Ausnahmen durchgedrungen, die der deutschen Zufallshaftung entsprechen. Eisenbahn und Post haften für Unfälle, die Frachtgüter und Reisende erleiden, bis zur höheren Gewalt, HGB. 456, Reichshaftpflichtgesetz 7. 6. 1871 § 1, Reichspostgesetz 28. 10. 1871 §§ 6, 11, österreichisches Eisenbahnhaft-

pflichtgesetz 1869, Weltpostvertrag 1935, ebenso Gastwirte für das von ihnen angenommene Reisegepäck, BGB. 701, ABGB. 970. Der Begriff der höheren Gewalt entspricht im wesentlichen dem äußeren Zufall.

In England ist die Nichterfüllung Vertragsbruch, breach of contract. Der Schuldner hat für Zufall, selbst für höhere Gewalt (act of God) zu haften; doch hat die Praxis hiervon bedeutende Ausnahmen entwickelt, insbesondere für den Fall, daß die Leistung durch Zufall objektiv unmöglich wird.

Schrifttum: Stobbe: Vertragsrecht (oben zu § 56). — Löning: Zur Zufallshaftung im schwedischen Vertragsrecht, ZRG. G. 62, 1942; 65, S. 208.

III. Abschnitt.

Die Parteien des Schuldverhältnisses.

§ 65. Verträge auf Leistung an Dritte.

I. Das ältere Recht. Der Formalvertrag des deutschen Rechts gab von Anfang an die Möglichkeit, Verträge auf Leistung an Dritte zu errichten. Es war mit dem Rechtsformalismus dieser Verträge vereinbar, daß der Versprechensempfänger nach der Vertragsabrede nicht zugleich der Leistungsempfänger sein sollte. Als Leistungsempfänger konnte eine bestimmte Person oder auch ein erst vom Gläubiger zu benennender Dritter festgesetzt werden. Solche Verträge auf Leistung an Dritte kamen im Mittelalter in zahlreichen Anwendungsformen vor. Bei Veräußerungen von Grundstücken wurde z. B. einem Dritten ein Vorkaufsrecht ausbedungen. Oder der Empfänger eines Geldbetrages verpflichtete sich dem Geber, einem Dritten eine Leibrente zu gewähren. Von besonderer Bedeutung war es, daß in den Verträgen auf Leistung an Dritte für das ältere Recht ein Ersatz der unzulässigen Forderungsabtretung gegeben war. So wurde es üblich, daß der Schuldner sich schon bei Vertragsabschluß urkundlich zur Leistung an einen andern als den Versprechensempfänger verpflichtete. Darin lag der Anstoß zur Ausbildung der Wertpapiere (unten § 80). Was die Stellung des Dritten anlangt, so war es möglich, daß er nach der Parteiübereinkunft nur Leistungsempfänger sein sollte; hier stand das Recht, die Leistung an den Dritten zu verlangen, nur dem Versprechensempfänger zu. In der Regel wurde aber durch den Vertrag dem Dritten ein selbständiges Forderungsrecht zugewandt. Der Erwerb dieses Rechts konnte nach dem Vertrag sofort oder erst an einem späteren Zeitpunkt eintreten sollen. Solange er nicht stattgefunden hatte, konnten die Vertragschließenden den Vertrag widerrufen. War die Zeit des Erwerbs gekommen, so erwarb der Dritte das Forderungsrecht unmittelbar, nicht erst duch Aneignung oder Vertragsbeitritt.

II. Das römische Recht versagte Verträgen auf Leistung an einen Dritten regelmäßig die Wirksamkeit. Dieser Standpunkt war mit der Vertragspraxis in neuerer Zeit nicht zu vereinigen. Die Theorie suchte deshalb aus dem germanischen Recht und insbesondere dem Natur-

recht zu beweisen, daß kraft Gewohnheitsrechts die Verträge auf Leistung an Dritte anzuerkennen seien. Dieses so entstandene gemeine Gewohnheitsrecht war freilich in allen Einzelfragen unsicher. Bestritten blieb besonders der Rechtserwerb des Dritten, der nach den einen unmittelbar, nach anderen durch Aneignung oder gar Beitritt erfolgen sollte. Die neueren Gesetzbücher, die die Gültigkeit teils unbeschränkt (Bayr. LR., ALR., Sächs. BGB.), teils wenigstens beschränkt (CC., ABGB. 881) bejahen, setzen für den Rechtserwerb des Dritten die Aneignung, das ALR. sogar den Beitritt voraus. Auch in der gemeinrechtlichen Theorie des 19. Jahrhunderts blieb die Frage streitig. Neuere Rechtsbildungen aber zeigten, daß ohne Anerkennung des unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten den Bedürfnissen des Lebens nicht mehr genügt werden konnte, wie beim Lebensversicherungsvertrage, beim Frachtvertrage (vgl. schon AHGB. 405), bei der Guts- und Geschäftsübernahme usw. Das geltende Recht anerkennt die Verträge auf Leistung an Dritte und gibt dem Parteiwillen die Kraft, dem Dritten unmittelbar das Forderungsrecht zu verschaffen, BGB. 328, OR. 112, so jetzt auch ABGB. 881, 3. Teilnovelle.

Dem englischen Recht sind Verträge zugunsten Dritter unbekannt.

Schrifttum: Brunner: Forschungen, S. 546ff. — Gareis: Die Verträge zugunsten Dritter, 1873.

§ 66. Abtretung der Forderung.

I. Nach älterem deutschen Recht war der Gläubiger nicht in der Lage, seine Forderung mit Wirkung gegen den Schuldner auf einen Dritten zu übertragen. Die Schuld war ein höchst persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner. Der Schuldner hatte seinem Versprechen gemäß nur an den Gläubiger, nicht an einen Dritten zu leisten. Nur wenn der Schuldner von vornherein die Leistung dem Gläubiger oder einem Dritten zugesagt hatte, war der Dritte legitimiert, die Forderung geltend zu machen, s. § 65. Sonst bedurfte es in älterer Zeit immer eines Versprechens des Schuldners an den neuen Gläubiger, also der Begründung einer neuen Schuld unter Aufhebung der alten.

Das besagt der Satz der Pariser Coutume; simple transport ne saisit point. Das englische Recht hat bis in das 19. Jahrhundert an der Unübertragbarkeit festgehalten.

II. Erst **das spätere Mittelalter** ist davon abgegangen. Erst jetzt trat der Gedanke in den Vordergrund, daß die Forderung einen Aktivbestandteil des Vermögens des Gläubigers darstelle (oben § 56, II). So erschien nun der Gläubiger in steigendem Maße zu freier Verfügung über die Forderung berechtigt. Wo gerichtliche Stellvertretung zulässig geworden war, konnte der Gläubiger den Dritten zur Einklagung der Forderung ermächtigen; dieser klagte dann zwar in fremdem Namen, aber für eigene Rechnung (procurator in rem suam). Vielfach gestattete man aber dem Gläubiger die Übertragung der Forderung selbst, wobei freilich die meisten Rechte die Einwilligung des Schuldners forder-

ten. Aber auch dieses Erfordernis ist in einigen spätmittelalterlichen Stadtrechten weggefallen; nur verlangte man meist Eintragung in das Stadtbuch. Diese spätmittelalterliche Forderungsabtretung bewirkte den Übergang der Forderung in das Vermögen des neuen Gläubigers unter Belassung ihrer Identität. Sie hat sich nach der Rezeption immer weiter verbreitet und ist in alle neueren Gesetzbücher übergegangen, obwohl das römische Recht dem Zessionar nur die Stellung eines procurator in rem suam zuwies. Während das ALR. und ZGB. (OR. 165, auch das englische Recht) Schriftform verlangen, haben das ABGB. 1392 und das BGB. alle Formerfordernisse beseitigt. Doch tritt die volle Wirkung der Abtretung erst mit der Anzeige an den Schuldner ein (ABGB. 1396, BGB. 407). Gewisse Forderungen (unpfändbare, höchst persönliche usw.) sind unübertragbar; andere Abtretungsverbote des älteren Rechts (Abtretung durch den jüdischen Gläubiger an einen Christen, lex Anastasiana) hat das neuere Recht nicht aufgenommen.

Schrifttum: Buch: Die Übertragbarkeit der Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht, 1912. — Schumann: Die Forderungsabtretung, 1924 (Heymanns Arb. 37).

§ 67. Schuldübernahme.

I. Schuldübernahme.

1. Eine Schuld konnte nach germanischem Recht von einem Nichtschuldner in der Form übernommen werden, daß dieser dem Gläubiger die Erfüllung der fremden Schuld gelobte. Das Gelöbnis begründete die Schuld des Neuschuldners originär. Eine Schuldnachfolge war undenkbar, da die Schuld sich in dem persönlichen Verpflichtetsein des Schuldners erschöpfte. Aber auch nach Inhalt und Wirkungen war die neue Schuld mit der alten nicht identisch, sie wurde nach ihren eigenen Regeln behandelt.

2. Hierin hat das spätere Mittelalter Wandel geschaffen. Die freie Beweglichkeit der Schuldverträge gestattete, den Schuldvertrag des Neuschuldners gerade auf die Übernahme der alten Schuld in ihrer vollen Identität zu richten. Aber auch hier mußte der Vertrag immer als Verpflichtungsvertrag mit dem Gläubiger abgeschlossen werden. Solange der Neuschuldner nur dem Altschuldner die Schulderfüllung zugesagt hatte, war dem Gläubiger kein Forderungsrecht erwachsen; es entstand erst, wenn der Gläubiger die Annahmeerklärung des Altschuldners zu der seinigen machte. Mit der Annahmeerklärung konnte nach dem Willen der Parteien die Entlassung des Altschuldners aus der Schuldverbindlichkeit verbunden sein.

3. An dieser spätmittelalterlichen Schuldübernahme hielt man auch nach der Rezeption fest, obwohl das römische Recht nur eine novatorische Wirkung der Expromission zuließ. Auch die neuere Gesetzgebung hat sie aufgenommen. Die Theorie versuchte, in Analogie der Zession eine Nachfolge in die Schuld zu konstruieren. Die Neueren nehmen eine Verfügung über die Forderung an. Doch ist auch heute die Schuldübernahme ein Verpflichtungsvertrag des

Neuschuldners mit dem Gläubiger, wobei jener zugleich über die fremde Forderung verfügt (BGB. 414); wird der Vertrag mit dem Altschuldner abgeschlossen (415), so bedarf er der Genehmigung des Gläubigers (177). So auch 3. Teilnovelle zu ABGB. 1404, 1405. Vgl. auch ZGB. 175 ff.

II. Vermögensübernahme. Auf völlig anderen Grundlagen entstand im Hochmittelalter der Satz, daß der Erwerber eines Vermögens mit diesem für die Schulden des bisherigen Vermögensinhabers hafte. Er konnte entstehen, als die Auffassung aufkam, das Vermögen des Schuldners hafte dem Gläubiger, ohne daß es einer Erfüllungsweigerung bedürfe (oben § 63, II). Eine solche Forthaftung des Vermögens in der Hand des Nichtschuldners kam insbesondere beim Verpfändungs- und Gutsüberlassungsvertrag vor (unten § 75), wegen der Erbenhaftung vgl. unten § 102. Dagegen erklärt sich die Haftung des jeweiligen Gewereinhabers eines Grundstücks für die auf diesem ruhenden Lasten aus dem Gedanken des Pflichtrechts. Die neuere Zeit hat den Haftungsfortbestand bei Erwerb eines ganzen Vermögens beibehalten. Sie umfaßt regelmäßig nur den Bestand des übernommenen Vermögens, BGB. 419. Ohne diese Beschränkung wird der Vermögensübernehmer Schuldner nur in gewissen handelsrechtlichen Fällen nach Publizitätsgrundsätzen, HGB. 25.

Schrifttum: Delbrück: Die Übernahme fremder Schulden, 1853. — Strohal: Schuldübernahme, 1910. — Gierke: Schuldnachfolge und Haftung, 1911. — Leonhardt: Allg. Teil des Schuldrechts des BGB. I, 1929, S. 684 ff.

§ 68. Schuldrechtliche Gemeinschaften.

I. Die Schuldgemeinschaft.

1. Schon im älteren Recht konnten mehrere Personen die gleiche Schuld schulden. Es liegt dann entweder Gesamtschuld, Gesamthandschuld oder Anteilschuld vor.

a) Bei der Gesamtschuld schuldet jeder Mitschuldner die ganze Leistung, die der Gläubiger aber nur einmal bekommen soll. Sie trat besonders bei unerlaubten Handlungen ein. Aus der Gesamtschuld ergab sich die Gesamthaftung, die aber auch selbständig vorkam. (z. B. Schuldner und Bürge). Der Gläubiger konnte von den Gesamtverpflichteten, wen er wollte, auf Leistung oder Leistungsersatz in Anspruch nehmen; der erfüllende Gesamtschuldner konnte von den übrigen Ausgleich verlangen.

b) Bei der Gesamthandschuld schulden die Mitschuldner die Leistung nur gemeinschaftlich, der einzelne schuldet für sich nichts. Daher ist auch die Haftung grundsätzlich eine gemeinschaftliche. So liegt es zunächst in allen Fällen, wo die Gesamthandschuld auf einer Gemeinschaft zur gesamten Hand beruht, dem Gläubiger daher ein Gemeinschaftsvermögen zur Verfügung steht. Aber schon hier finden sich Sonderhaftungen der Gemeinder mit ihrem eigenen Vermögen. Und in allen Fällen der Begründung einer Gesamthandschuld durch Vertrag ist eine solche Sonderhaftung selbstverständlich.

Hat ein Schuldner die Leistung aus eigenem Vermögen erbracht, so sind ihm die anderen ausgleichspflichtig.

c) Bei der Anteilschuld schuldet jeder Mitschuldner einen Teil der ganzen Leistung, die der Gläubiger bekommen soll. Dem entspricht eine anteilige Haftung; der Gläubiger kann jeden nur wegen seines Schuldanteils belangen. Durch Leistung seines Anteils wird jeder Mitschuldner befreit. Anteilschuld entsteht im Zweifel bei teilbaren Leistungen.

2. Im neueren Recht trat die Gesamthandschuld infolge der Rezeption zunächst zurück. Die Gesamtschuld und die Teilschuld, die dem römischen Recht bekannt waren, wurden allgemein herrschend. Während aber im römischen Recht die Teilschuld die Regel war, wurde jetzt die Gesamtschuld vielfach an deren Stelle gesetzt, so z. B. in den Fällen, die früher Gesamthandschuld erzeugten, so vor allem auch bei der vertragsmäßigen Begründung einer Schuld durch mehrere. Die römische Scheidung von Korreal- und Solidarobligationen wurde in der Gesetzgebung ebenso abgelehnt wie das gemeinrechtliche beneficium divisionis. Die Haftung auf das Ganze und die deutschrechtliche Ausgleichspflicht setzten sich in der Regel durch. Allmählich wurde auch das Wesen der Gesamthandschuld wieder erkannt, die tatsächlich schon im ALR. und ABGB. 891 wieder aufgelebt war. Das BGB. anerkennt sie bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, eine vertragsmäßige Begründung läßt es nicht zu. Die Regel ist die Gesamtschuld; die Teilschuld tritt im Zweifel bei teilbaren Leistungen ein (BGB. 420), doch finden sehr wichtige Ausnahmen zugunsten der Gesamtschuld statt (BGB. 427, 840). Nach OR. 143 tritt Solidarschuld nur kraft ausdrücklicher Erklärung ein.

II. Die Forderungsgemeinschaft.

1. Das ältere Recht kennt, wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind, nur die Anteilsgläubigerschaft und die Gesamthandsgläubigerschaft.

a) Die Gesamthandsgläubigerschaft bestand für Forderungen, die einer gesamthänderischen Vermögensgemeinschaft zustanden, konnte aber auch durch Vertrag begründet werden. Die Gläubigerschaft stand den Gesamthändern in ihrer Gemeinschaft zu. Nur die Gesamthand der Gläubiger konnte daher die Leistung fordern; doch war häufig ein Gesamthänder durch Vertrag oder Gesetz zur Vertretung der Gesamthand berufen. Nur an die gesamte Hand konnte daher weiter erfüllt werden; die Leistung an einen Gläubiger befreite den Schuldner nicht.

b) Die Anteilsgläubigerschaft wird schon früh für Wergeld- und Bußforderungen bezeugt. Die Forderung zerfällt dabei in Teilforderungen; jeder Mitgläubiger kann den ihm zukommenden Anteil selbständig gegen den Schuldner geltend machen.

2. Das neuere Recht schloß sich zunächst an das römische Recht an, das im Falle einer Gläubigermehrheit die Forderung regel-

mäßig entweder in gesonderte Anteile zerfallen ließ oder sie jedem Gläubiger ganz zusprach. Neben der (regelmäßigen) Anteilsgläubigerschaft wurde also eine Gesamtgläubigerschaft (aktive Solidarobligation) anerkannt. Die Gesamthandsgläubigerschaft trat zunächst zurück, erlebte aber im ALR. ihre Auferstehung. Das geltende Recht hält an der Gesamtgläubigerschaft fest, verbindet sie aber mit dem Gedanken der Gesamthandsgläubigerschaft, insofern bei unteilbaren Leistungen den Mitgläubigern ein ungeteiltes Gesamtrecht zugestanden wird (BGB. 432). Im übrigen besteht die Gesamthandsgläubigerschaft über die Fälle der Gesamthand hinaus (z. B. 502, 513), auch kann sie vertraglich begründet werden. Bei teilbaren Leistungen besteht im Zweifel Anteilsgläubigerschaft (420).

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

Erstes Kapitel.

Sachleistungsverträge.

I. Tausch und Kauf.

§ 69.

I. Tausch und Kauf im allgemeinen. Der Tausch ist die ältere Form, der Naturalwirtschaft eigentümlich als Umsatz von Ware gegen Ware. Erst die Geldwirtschaft bringt den Kauf hervor, der auf den Umsatz von Ware gegen Geld gerichtet ist; er wird den Regeln des Tauschs unterstellt. Im späteren Mittelalter ist der Kauf vorherrschend geworden.

1. Tausch und Kauf sind die ältesten Arten der gegenseitigen Verträge. Sie sind zunächst Bargeschäfte. Aber schon die Leistung Zug um Zug setzt einen Schuldvertrag voraus. Durch die von einer Seite vorgenommene Vorleistung wurde die Schuld des Empfängers zu seiner Gegenleistung begründet. Dabei verpflichtete sich häufig eine Partei durch besonderen Formalvertrag zur Vornahme der Vorleistung. Nach Ausbildung des Arrhalvertrages, die sich zunächst ausschließlich im Kaufrecht vollzog, übernahm der Verkäufer die Pflicht zur Leistung durch Annahme der Arrha, während der Käufer die Zahlung des Kaufpreises durch Formalvertrag versprach. Da indessen durch Vorleistung des Verkäufers der Käufer ohnehin zur Zahlung verpflichtet wurde, fiel der Formalvertrag allmählich weg. Seit dem Hochmittelalter war der Abschluß des Kaufvertrages durch Gottespfennig oder Weinkauf die Regel. Nur selten wurde ein Reurecht gewährt. Kam der Käufer in Annahmeverzug, so hatte vielfach der Verkäufer das

Rücktrittsrecht. Der Barkauf blieb bevorzugt; der Kauf auf Kredit wurde häufig, besonders im interlokalen Verkehr, wenn auch ohne dauernden Erfolg verboten. Verboten wurde weiter der Vorkauf, d. h. der Kauf von Waren auf dem Wege zum Markte.

2. Im Spätmittelalter wurden Gottespfennig und Weinkauf zur bloßen Form und starben allmählich ab. Der Kauf wurde durch Konsens der Parteien abgeschlossen. Dem entsprach das rezipierte römische Kaufrecht. So war im gemeinen Recht und in den meisten Partikularrechten der formlose Kaufvertrag als rechtswirksam anerkannt. Ebenso wurde aber auch der Tausch behandelt, obwohl er nach römischem Recht Innominatrealkontrakt war. Auf diesem Standpunkt steht auch das geltende Recht. Der Tausch ist nach Art des Kaufes geordnet (BGB. 515). Beide sind formfrei, soweit nicht allgemeine Formvorschriften eingreifen, z. B. BGB. 313.

Der Sachkauf verlangte zunächst Gewere des Verkäufers am Kaufobjekt. Doch wurde schon im späteren Mittelalter der Verkauf noch zu beschaffender (Lieferungskauf) oder künftiger Sachen (z. B. der Früchte auf dem Halm) zugelassen. So auch das geltende Recht. Neben dem Sachkauf kannte schon das Mittelalter den Kauf von Rechten, z. B. den Rentenkauf. Der Kaufpreis, ursprünglich frei vereinbar, wurde im Mittelalter häufig durch obrigkeitliche Taxen festgelegt. Befördernd wirkten hier Anschauungen des kanonischen (pretium justum) und des römischen Rechts (laesio enormis). Heute gilt der Grundsatz der freien Preisbildung. Festsetzung der Höhe des Kaufpreises nach dem zur Zahlungszeit üblichen Preise kam schon im Mittelalter vor.

II. Gewährleistung für Rechtsmängel. War der Verkäufer nicht Eigentümer der verkauften Sache gewesen, so war der Käufer, wenn die Sache gestohlen worden war, dem Anefang des Entwerten ausgesetzt. Dem Käufer stand dann der Gewährschaftszug auf den Verkäufer frei, und es lag in dessen eigenem Interesse, den Prozeß zu übernehmen, weil er sonst als Dieb überführt war. Es bestand also zunächst nur eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verkäufers, die ihn indirekt zur Schirmung des Käufers zwang. Doch wurde es schon früh Gebrauch, daß der Verkäufer vertraglich die Pflicht zur Schirmung des Käufers übernahm, die dann als gesetzliche Nebenpflicht des Verkäufers anerkannt wurde. So traf den Verkäufer also jetzt die Gewährschaftspflicht. Er mußte in den Prozeß eintreten und die ihm zur treuen Hand zurückgegebene Sache gegen den Angriff des Klägers verteidigen. Ein unmittelbarer Zwang zur Übernahme der Verteidigung fand freilich auch jetzt nicht statt. Weigerte aber der Verkäufer die Gewährschaft oder unterlag er im Prozeß, so mußte er dem Käufer, der die gekaufte Sache dem Kläger herauszugeben hatte, den Kaufpreis zurückerstatten und Buße, später auch Schadenersatz, zahlen; obendrein galt der Verkäufer als Dieb. Der rechtliche Inhalt der Gewährschaftspflicht bestand darin, daß der Verkäufer die dem Käufer übertragene Gewere gegen Angriffe Dritter zu verteidigen hatte. Da aber die Gewere von der Rechtsbeständigkeit des in ihr

erscheinenden Rechts abhängig war, so war die Auffassung vorbereitet, daß der Verkäufer gerade dieses Recht zu verschaffen habe. Mit der stärker hervortretenden Zweiung von Besitz und Recht (s. oben § 27) wurde dem Verkäufer eine solche Rechtsverschaffungspflicht auferlegt.

Das römische Recht ließ den Verkäufer nur haften, wenn dem Käufer der Besitz der Sache wegen Rechtsmangel durch Urteil entzogen war. Diese Eviktionshaftung war aber bereits in Italien in germanistischem Sinne umgestaltet worden; sie kam in Deutschland zur Geltung in Form einer Defensionspflicht des Verkäufers, die vielfach sogar eine Klage auf Defension gewährte. Erst die Kodifikationen sind zum Gedanken der Rechtsverschaffungspflicht zurückgekehrt (ALR., CC., ABGB. 1053, vgl. OR. 193). Nach BGB. hat der Verkäufer dem Käufer lastenfreies Eigentum zu verschaffen (434). Seine Gewährleistungspflicht ist von einem prozessualen Angriff gegen den Käufer nicht mehr abhängig.

In England muß der Verkäufer dem Käufer das Eigentum (property) an der Ware verschaffen. Er haftet für Mängel im Recht.

III. Gewährleistung für Sachmängel. Durch den Kaufvertrag erlangte der Käufer im älteren Recht einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache; eine mangelhafte Sache brauchte er nicht anzunehmen. Hatte er aber die Sache angenommen, so konnte er den Verkäufer nicht für Mängel haftbar machen. Annahme galt als Billigung. Es lag daher in seinem Interesse, die Sache vor Vertragsschluß zu untersuchen: „Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf." Anders lag es, wenn die zugesandte Ware erst nach Abschluß des Vertrags besichtigt werden konnte. Eine Ausnahme galt weiter für schwer erkennbare wesentliche Mängel, die der Verkäufer gekannt und verschwiegen hatte (sog. Hauptmängel). Hier hatte der Käufer das Recht der Wandelung: er konnte den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückverlangen. Dieses Wandelungsrecht konnte durch Vertrag auch auf andere Fälle ausgedehnt werden.

Durch die Aufnahme des römischen Rechts wurde die Haftung für Sachmängel erheblich verschärft. Der Verkäufer hatte für alle beim Kaufabschluß nicht erkennbaren Mängel aufzukommen. Neben dem Wandelungsrecht (der römischen actio redhibitoria) wurde dem Käufer das Recht auf Minderung des Kaufpreises (actio quanti minoris) zur Wahl gestellt. War ein Mangel arglistig verschwiegen, oder fehlte eine zugesicherte Eigenschaft, so gewährte die actio empti den Anspruch auf Schadenersatz. Diese Sätze wurden gemeines Recht und gingen in die neueren Gesetzgebungen, auch das BGB., über. Doch bewahrten einzelne Rechte der vorbehaltlosen Annahme die Wirkung der Billigung, andere gestalteten eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung und Rüge aus (ALR., CC.), die im geltenden Handelsrecht weiter ausgebaut wurde (AHGB. 347, HGB. 377). ABGB. 932 und 934 schreiben für schwerere Fälle und laesio enor-

mis Wandlung, für leichtere Minderung oder Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden vor.

Deutschrechtliche Sätze erhielten sich beim Viehkauf. Hier blieb es beim Satze, daß der Verkäufer nur für Hauptmängel zu haften habe und nur innerhalb einer bestimmten kurzen Frist. Daran hat das BGB. festgehalten. Die Sondervorschriften gelten nur für gewisse Haustiere. Die Hauptmängel sind katalogisiert. Der Käufer kann nur Wandelung, nicht Minderung verlangen. BGB. 481 ff., vgl. OR. 198, 202.

In England haftet der Verkäufer nur kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragszusage (warranty), besonders für zugesicherte Eigenschaften und Eignung für bestimmten, dem Verkäufer bekannten Zweck. Sonst gilt der Satz: caveat emptor.

IV. Die Gefahrtragung. Im älteren deutschen Recht ging die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der verkauften Sache erst mit der Übertragung der Gewere auf den Käufer über. Beim Liegenschaftskauf wurde die Auflassung entscheidend. Nur in Fällen höherer Gewalt befreiten spätmittelalterliche Rechte den Verkäufer von der Gefahrtragung schon vor der Übergabe. Dagegen ging nach römischem und gemeinem Recht die Gefahr schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über, so das französische Recht und auch OR. 185. Die neueren Gesetzgebungen haben den deutschrechtlichen Gedanken wieder angenommen (ALR., ABGB. 1049), so auch das BGB. Entscheidend ist die Übergabe, nicht die Eigentumsverschaffung. Eine Ausnahme gilt nur beim Grundstückskauf (446 Abs. 2). Auch trägt beim Übersendungskauf der Käufer die Gefahr des Transportes (447).

In England trägt der Verkäufer die Gefahr bis zum Eigentumsübergang, unabhängig von der Ablieferung. Die Transportgefahr wird häufig durch besondere Vertragsklausel vom Käufer übernommen.

Schrifttum: Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen, 1889. — Rabel: Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, 1902. — Mitteis (oben zu § 63).

II. Die Schenkung.

§ 70.

I. Älteres Recht. Die Schenkung im Sinne unentgeltlicher Vermögenszuwendung war dem älteren deutschen Recht unbekannt. Solange der Empfänger keine Gegenleistung vorgenommen hatte, unterlag die Gabe der beliebigen Rückforderung des Gebers; sie erschien als bloße Hingabe zur treuen Hand. Sollte die Gabe unwiderruflich sein, so bedurfte sie eines Entgeltes, das regelmäßig dem Wert der Schenkung entsprochen haben wird. Nach langobardischem Recht wurde ein Lohngeld (launegild) geleistet; der Schenkungsvertrag war auch gültig, wenn eine geringwertige Sache geleistet und als Gegengabe angenommen wurde. Die Weiterentwicklung ging aus von der Landschenkung gegen Leistung von Diensten, die erwartet wurden oder bereits geleistet waren. Da nur Dienste das Entgelt der Gabe bildeten, konnte dem Geschäft nicht die volle Wirkung eines Realvertrages zukommen. Der Schenkgeber

hatte nicht nur ein Widerrufsrecht, wenn die Dienstleistungspflicht nicht gehörig erfüllt wurde, es erschien vielmehr das Recht des Beschenkten überhaupt nur als unveräußerliches und unvererbliches Eigentum, das mit seinem Tode an den Geber zurückfiel (Rückfallsrecht). Damit aber war das Rechtsinstitut der deutschen Schenkung erwachsen, in welchem die Dienstleistung nicht mehr als Entgelt gewertet wurde. Sie erschien als eine unentgeltliche Vermögenszuwendung, die den Geber schwächer band als die entgeltliche Veräußerung und den Beschenkten zu besonderem Verhalten verpflichtete.

II. Neueres Recht. Die Schenkung hat diesen Charakter während des ganzen Mittelalters bewahrt, obwohl sie später regelmäßig vererbliches und veräußerliches Recht begründete. Auch die Rezeption des römischen Rechtes hat ihn nicht verändert. Doch nahm das gemeine Recht die Formbedürftigkeit von Wertschenkungen aus dem römischen Recht auf. Die neueren Kodifikationen ließen die Form für das Handgeschenk fallen, dehnten sie aber auf jedes Schenkungsversprechen ohne Wertbegrenzung aus. So ALR., CC., ABGB. 938, so auch das BGB. 518. Die Widerrufsgründe hat das neuere Recht vermehrt, insbesondere den Widerruf wegen groben Undanks aufgenommen (ABGB. 947ff., BGB. 530ff., OR. 249f.). Während die Kodifikationen dem verarmten Schenker einen Unterstützungsanspruch gegen den Beschenkten gaben (ALR., ABGB. 947), gewährt ihm das BGB. nur ein Recht auf Herausgabe der Bereicherung, 528.

Das englische Recht verlangt für das Schenkungsversprechen die Form des deed.

Schrifttum: Val de Lievre: Launegild und Wadia, 1877. — Pappenheim: Launegild und Garethinx (Gierkes Unters. 14), 1883. — Brunner: Landschenkungen, in Forschungen, S. 1ff. — Pappenheim: Über die Rechtsnatur der altgermanischen Schenkung, ZRG. G. 53, 1933, S. 35.

III. Miete und Pacht.

§ 71.

I. Älteres Recht. Miete und Pacht sind im Mittelalter aus der Grundstücksleihe als selbständige Rechtsinstitute erwachsen.

1. Die Miete. Der Grund lag für die Miete in dem steigenden Grundstückswert bei zunehmender Dichte der städtischen Bevölkerung. Die Grundstücksleihe barg die Gefahr der Verdrängung der Rechte des Verleihers durch die Machtstellung des Beliehenen. Diese bedurfte daher der Einschränkung. So gewährte man seit dem 12. Jahrhundert durch die Hausmiete dem Beliehenen nur noch ein zeitlich und inhaltlich beschränktes Wohnrecht. Damit blieb das Eigentum am Hause selbst dem Vermieter gesichert. Immerhin erhielt der Mieter Gewere und dingliches Recht am Mietsgegenstand; dessen Überlassung an ihn bedurfte der Zustimmung der nächsten Erben. Erst mit der Erlangung der Gewere traten die vollen Wirkungen der Miete ein. Das Recht des Mieters war daher übertragbar;

er konnte durch Untervermietung ein Wohnrecht in der Person eines Dritten begründen. Daher konnte weiter der Vermieter durch Übereignung des Hauses die Gewere seines Mieters nicht brechen: „K a u f b r i c h t n i c h t M i e t e", „h u e r g e i t v o r c o e p". Erst mit Ablauf der Mietzeit konnte der Erwerber den Mieter aus dem Haus vertreiben. In diesem dinglichen Recht des Mieters erschöpfte sich aber das Rechtsverhältnis der Miete nicht mehr. Der Mietzins, aus der dinglichen Abgabe des Leihezinses erwachsen, wird nun aus einer schuldrechtlichen Pflicht des Mieters hergeleitet; er erscheint als eine Schuld besonderer Art, die dem Vermieter Beweisvorteile und bevorzugte Vollstreckung sichert; er hat vor allem ein Recht zu eigenmächtiger Pfändung an den eingebrachten Sachen des Mieters. Andererseits wird nun auch die Erhaltung des Hauses in gebrauchsfähigem Zustand als schuldrechtliche Pflicht des Vermieters betrachtet, und ebenso erscheint die Überlassung des Hauses an den Mieter als Erfüllung einer Vermieterpflicht. Die Herausgabepflicht bedurfte besonders im Falle der Untervermietung einer schuldrechtlichen Begründung. Daher werden auch weitere Sätze des Schuldrechtes auf die Miete angewandt. Der Mietvertrag wird als Real- oder Arrhalvertrag häufig mit Zinszahlungsgelöbnis des Mieters abgeschlossen; nach Art der Arrhalverträge wird den Parteien vielfach während der Mietszeit ein Rücktrittrecht gegen Zahlung eines allerdings beträchtlichen Reuegeldes zugestanden. Selbst der Satz: „Kauf bricht Miete" setzt sich im späteren Mittelalter häufig durch.

Auf bewegliche Sachen wurde im Mittelalter die Miete nur allmählich erstreckt; eine Schiffsmiete entwickelte sich in Anlehnung an die Grundstücksmiete.

2. D i e P a c h t. Während die Miete nur den Gebrauch der Sache gewährt, ist der Pächter auch zur Nutzung berechtigt. Die Pacht ist seit dem 14. Jahrhundert auf dem Lande aus der freien Zeitleihe an Grundstücken entstanden. Sie ist langsam nach dem Muster der Miete als schuldrechtliches Verhältnis durchgebildet worden.

Die Pacht wurde auf bewegliche Sachen besonders in der Form der V i e h p a c h t ausgedehnt. Hier übergab der Versteller dem Einsteller Haustiere zur Einstellung und Verpflegung. Der Einsteller zog die Nutzungen, er zahlte dem Versteller einen Pachtzins und trug die Gefahr der Sache. Die Viehpacht wurde bei der Verpachtung eines Landgutes häufig als E i s e r n v i e h v e r t r a g abgeschlossen: der Pächter verpflichtete sich, das mit Pachtbeginn übernommene Vieh in gleicher Art, Güte und Menge beim Pachtende zurückzuerstatten (e i s e r n V i e h s t i r b t n i e). Die Viehpacht wandelte sich häufig zur Gesellschaft, indem man das Vieh zum gemeinsamen Eigentum machte und den Ertrag teilte.

II. Das neuere Recht. Mit der Rezeption wurde im gemeinen Recht das römische Institut der locatio conductio herrschend, das Miete und Pacht vereinigte. Der Vertrag wurde zum Konsensualvertrag mit rein schuldrechtlicher Wirkung. Der conductor hatte nur noch detentio. Der Käufer konnte den Mieter nach Belieben austreiben (Kauf bricht Miete), so ABGB. 1120 (Bestandsvertrag). Viele Partikularrechte schwächten aber diese Regel in deutschem Sinne ab,

indem sie dem Mieter längere Auszugsfristen gewährten, oder sie hielten an dem alten Satz: „Kauf bricht nicht Miete" fest. Neuere Rechte ließen sogar eine Verdinglichung der Grundstücksmiete durch Eintragung zu (ALR., ABGB. 1120, ZGB.). Das BGB. lehnt jede Dinglichkeit ab, behandelt Miete und Pacht vielmehr als reine Schuldverträge. Doch hat der Mieter (Pächter) die Stellung eines Besitzers, und für die Miete (Pacht) von Grundstücken ist der Satz: „Kauf bricht nicht Miete" aufgenommen worden (BGB. 571). Das Pfändungsrecht des Vermieters wurde zum gesetzlichen Pfandrecht umgewandelt (BGB. 559).

Das englische Recht kennt nur eine dingliche Grundstücksleihe (oben S. 55). Es gilt der Satz: Kauf bricht nicht Miete. Der Landlord hat das Recht zu eigenmächtiger Pfändung mit Verkaufsbefugnis. Die Miete von beweglichen Sachen (hire of goods) ist dagegen ein reiner Schuldvertrag.

Auf das jetzt geltende Zwangsrecht für Miete und Pacht kann hier nicht eingegangen werden.

Schrifttum: v. Brünneck: ZRG. G. 1 (1880), S. 138ff. — Schulin: ebenda 41 (1920), S. 127ff. — Wackernagel: Die Viehverstellung, 1923. — Loening: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930. — Gilissen: Huur gaat voor koop in het oud-belgische recht, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 16, S. 281.

IV. Leihe und Darlehen.

§ 72.

I. Die **Leihe** im Sinne einer rein schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung war dem älteren deutschen Recht unbekannt. Die Grundstücksleihe war als dingliches Nutzungsrecht ausgestaltet. Auch die Leihe von beweglichen Sachen verschaffte dem Entleiher Gewere und dingliches Recht; freilich war das dingliche Recht das in sich beschränkte Recht eines Treuhänders, der zwar über das Gut in eigenem Namen verfügen konnte, jedoch zur Herausgabe verpflichtet war. Aber nur bei unbeweglichen Sachen konnte die ruhende Gewere des Eigentümers wieder erstarken und ihm eine Klage auf Herausgabe gewähren. Dem Eigentümer beweglicher Sachen, der die Gewere freiwillig aufgegeben hatte, war die Klage versagt (vgl. oben §§ 45, 53). Hier griff der Gedanke schuldrechtlicher Bindung des Entleihers aus Sachempfang durch (oben § 59). Dennoch hielt man an den sachenrechtlichen Wirkungen der Leihe fest, auch dann, als man im Mittelalter die Stellung des Treuhänders von der eines bloßen Entleihers schied. Noch späte Quellen kennen den Satz: „Leent gud egen gud"; er schien im späteren Mittelalter auch durch die Beschränkung der Fahrnisverfolgung gerechtfertigt (s. oben § 55). Im übrigen erscheint die Leihe jetzt als rein schuldrechtlicher Realvertrag. Die Herausgabepflicht ist eine unbedingte; der Entleiher haftet daher auch für Zufall. Hierin scheidet sich seit dem 13. Jahrhundert die entgeltliche von der unentgeltlichen Leihe: geht eine um Lohn geliehene Sache unter, so haftet der Entleiher nur für Verschulden. Spätmittelalterliche Stadtrechte weisen daher die Fahrnisleihe um Lohn

der Miete zu. Der unentgeltlichen Leihe entsprach der Begriff des römischen Kommodats. Auch hier liegt ein Realvertrag vor. Doch wurde im gemeinen Recht auch der Leihevorvertrag anerkannt; so auch ABGB. 971. Der Entleiher trägt nicht mehr die Gefahr, die sachenrechtlichen Wirkungen der Leihe sind beseitigt. Diese Sätze wurden von den neueren Gesetzbüchern im wesentlichen übernommen und gingen in das BGB. über (598ff.). Das schweizerische Obligationenrecht behandelt den Gebrauchsleihevertrag dagegen als Konsensualvertrag (305).

II. Das **Darlehen** war im älteren Recht in der Leihe mitenthalten. Es erschien als Unterart der Leihe, obwohl hier das Empfangene nur in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten war. Es konnte Natural- oder Gelddarlehen sein. An dem Zusammenhang des Darlehns mit der Leihe haben auch die neueren Rechte festgehalten, obwohl das römische Recht das mutuum vom commodatum schied.

Das Darlehen konnte, wie auch die ältere deutsche Leihe, schon im Mittelalter entgeltlich sein. Diesem zinsbaren Darlehen stand freilich der kirchliche Grundsatz, der das Zinsnehmen als Wucher verbot, entgegen; Ausnahmen machte er nur im Falle eines besonderen Risikos. Solange der Realkredit den wirtschaftlichen Bedürfnissen genügte, drang die kirchliche Gesetzgebung durch. Das wurde seit dem 13. Jahrhundert anders. Das verzinsliche Darlehen gewann trotz scharfer kirchlicher Strafdrohungen wachsende Verbreitung, und zwar nicht nur durch Juden und lombardische Kaufleute, denen das Zinsnehmen gestattet wurde. Aber erst seit dem 16. Jahrhundert wurde das Zinsverbot, das noch die Reformatoren (auch Calvin) anerkannten, durch die Partikularrechte allmählich abgeschafft. Der jüngste Reichsabschied von 1654 gestattete 5 Prozent Zinsen als Höchstmaß, manche Partikularrechte gingen darüber hinaus. Erst im 19. Jahrhundert wurden die Beschränkungen im Zinssatz aufgehoben, allgemein durch ein Bundesgesetz von 1867, in Österreich 1868. Das geltende Recht gewährt Zinsfreiheit, gibt aber bei höherer Zinsvereinbarung ein bevorzugtes Kündigungsrecht (BGB. 247, z. Z. außer Kraft) und verbietet die im voraus getroffene Zinseszinsabrede (248). Einen weiteren Schutz schafft das Wucherverbot (seit dem Reichsgesetz vom 24. 3. 1888, heute BGB. 138 Abs. 2, RV. Art. 119, vgl. OR. 21). Für Österreich vergleiche Wuchergesetz 1881 mit VO. 1914, ABGB. 879.

Schrifttum: Stobbe (oben zu § 56). — Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. — Endemann: Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, 1874, 1883. — F. Schaub: Der Kampf gegen den Zinswucher, 1905. — Funk: Geschichte des kirchlichen Zinsverbots, 1876. — Zehentbauer: Das Zinsproblem nach Moral und Recht geschichtlich behandelt, 1920. — Holl: Festg. f. Müller, 1922. — Schulz: Darlehen und Leihe in romanistischen süddeutsch. Stadtrechten des 15. u. 16. Jahrhunderts, Gött. Diss. 1922. — Kuske: Entstehung der Kreditwirtschaft und des Kapitalverkehrs, 1927. — Ruth: Das kanonische Zinsverbot, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931.

Zweites Kapitel.

§ 73. Arbeitsverträge.

I. Arbeitsverträge im allgemeinen. In älterer Zeit wurde das Bedürfnis nach menschlicher Arbeit in der Rechtsform der Gewaltunterworfenheit des Arbeitenden befriedigt. Auf Weibern, Kindern, Unfreien und Hörigen ruhte die Arbeitslast in Haus und Landwirtschaft. Weitere Möglichkeiten der Ausbeutung fremder Arbeitskraft boten sachenrechtliche Bindungen in der Rechtsform der Leihe (oben § 37). Freie Arbeitsverträge mit nur schuldrechtlicher Wirkung gehören dagegen im wesentlichen erst dem Mittelalter an. Erst jetzt werden Verträge typisch, in denen freie Arbeiter ihre Arbeitskraft gegen Entgelt verdingen. Bei den zwei wichtigsten Arbeitsverträgen, dem Gesinde- und Gesellenvertrag, wird der Arbeiter in die Hausgemeinschaft des Herrn aufgenommen, damit seiner hausherrlichen Gewalt unterworfen. Seinem äußeren Tatbestand nach erscheint dieses Verhältnis der älteren Gefolgschaft verwandt (von der es aber keineswegs unmittelbar abstammt), und in der Tat erwacht der alte Gefolgschaftsgedanke gegenseitiger Treupflicht im Arbeitsschuldverhältnis zu neuem Leben. Der Mann schuldet Arbeit und Treugehorsam, der Herr Lohn und Treufürsorge. Erst die kapitalistische Entwicklung des ausgehenden Mittelalters läßt den Treugedanken zurücktreten, und in der gemeinrechtlichen Theorie siegt die romanistische Auffassung, welche die Arbeitskraft den sachenrechtlichen Gütern, den Waren gleichstellt. Diese rein vermögensrechtliche Gestaltung des Arbeitsvertrages hat aber das BGB. beseitigt, indem es dem deutschrechtlichen Gedanken gegenseitiger Treupflicht wieder zum Siege verhalf. Ähnliche Grundsätze vertritt das österreichische Recht seit der dritten Teilnovelle, ABGB. 1157. Darüber hinaus hat die RV. die Arbeitskraft als Persönlichkeitsgut anerkannt und ihrem besonderen Schutze unterstellt, Art. 157. Die Verträge über Arbeitsleistung sind damit der nur vermögensrechtlichen Betrachtung endgültig entzogen.

Der ursprünglich rein individualistisch gestaltete Arbeitsvertrag hat in neuester Zeit eine Ergänzung erhalten durch Entwicklung und Anerkennung des kollektiven Arbeitsnormenvertrags, des sog. Tarifvertrags. Als Vertragsparteien sind neben den Organisationen der Arbeitgeber nun auch die Gewerkschaften der Arbeitnehmer anerkannt worden (vgl. o. § 19, I, 4). Die vereinbarten Arbeitsnormen eines rechtsgültigen Tarifvertrags werden automatisch und unabdingbar Inhalt des einzelnen in seinen Bereich fallenden Arbeitsvertrags.

II. Der **Dienstvertrag** ist gerichtet auf Leistung persönlicher Arbeit: hier gliedert sich der Arbeitspflichtige einer herrschaflich geleiteten Gesamtheit ein. Das Mittelalter hat ihn in den Spielarten des Gesindevertrags und des gewerblichen Arbeitsvertrags ausgebildet.

1. Der Gesindevertrag. Ein freies Gesinde entsteht zuerst in den Städten durch Anstellung von Dienstboten, sodann auch auf dem Lande, wo Bauernsöhne und Töchter als Knechte und Mägde

Dienst suchen müssen. Immer wird das Gesinde in die Hausgemeinschaft aufgenommen und damit der Gewalt des Hausherrn unterstellt; er hat das Züchtigungsrecht und vertritt das Gesinde nach außen. Die Dienstleistung des Gesindes wird durch Kost und Wohnung entgolten, weiter auch durch Lohn, dessen Leistung besonders auf dem Lande häufig im Belieben des Herrn steht, in den Städten aber vielfach durch Taxen geregelt ist. Der Treupflicht des Gesindes entspricht die Treufürsorgepflicht des Herrn. Der Gesindevertrag wird durch gegenseitiges Gelöbnis zum Abschluß gebracht; seit dem 14. Jahrhundert wird ein Angeld (Mietstaler) üblich, dem vielfach konstitutive Kraft zukommt. Vertragsbruch des Gesindes durch Nichtantritt des Dienstes oder vorzeitiges Entlaufen aus dem Dienste wird streng bestraft; Dritte dürfen solches Gesinde nicht in Dienst nehmen. Doch wird häufig beiden Parteien ein Kündigungsrecht während der Vertragsdauer zugestanden; dann sind sie zur Zahlung des vollen bzw. halben Lohnes verpflichtet. Auch ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund wird schon früh bezeugt.

Der Gesindelohn (lidlon) ist ausgezeichnet durch ein Beweisprivileg, durch den Anspruch auf beschleunigte Befriedigung, der z. T. durch Verzugsstrafen gesichert ist, vielfach auch durch ein außerprozessuales Pfändungsrecht. Die Haftung des Herrn für Schädigungen des Gesindes in seinem Dienste geht nicht über den schuldigen Lohn hinaus.

Im älteren englischen Recht erscheint der Dienstvertrag (master and servant) als Abzweigung der munt entsprechend der Kindschaft und Vormundschaft, mit denen er gemeinschaftlich behandelt wird (rights in private relations).

Seit dem Ausgang des Mittelalters hat sich die Rechtsstellung des Gesindes verschlechtert. Der Gedanke der Treufürsorge wird durch die Rezeption verdrängt, die Gewalt des Herrn wird im Sinne des Absolutismus gesteigert. Auf den großen Gütern des Ostens und Südens wird der Gesindezwangsdienst eingeführt. Erst seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts wird der Gesindezwangsdienst und damit die krasse Willkürmacht des Herrn wieder beseitigt, in Preußen durch das ALR. und die Gesindeordnung von 1810. Aber die meisten partikulären Rechtsquellen haben noch bis zur Gegenwart das Gesinderecht im Sinne der Gehorsamspflicht des Gesindes und der Treufürsorgepflicht des Herrn geregelt. Das BGB. begnügte sich damit, das Züchtigungsrecht zu beseitigen (EG. 95) und den Gesindeschutz zu regeln, BGB. 617ff. Durch Gesetz vom 11. 11. 1918 wurden die Gesindeordnungen außer Kraft gesetzt. Damit sind die Regeln des Dienstvertragsrechts des BGB. zur ausschließlichen Geltung gekommen. Das gleiche gilt in Österreich.

Schrifttum: Hertz: Rechtsverhältnisse des freien Gesindes (Gierkes Unters. 6), 1879. — Duncker: Das mittelalterliche Dorfgewerbe, 1903. — Könnecke: Rechtsgeschichte des Gesindes (Heymanns Arb. 12), 1912. — Gierke: Die Wurzeln des Dienstvertrages, 1914.

2. Von den gewerblichen Arbeitsverträgen ist der Gesellenvertrag dem Gesindevertrag darin verwandt, daß auch der Geselle in die Hausgemeinschaft seines Meisters, damit in

seine hausherrliche Gewalt kommt. Doch greifen hier in das Verhältnis zwischen Meister und Gesellen noch die Zunftordnungen ein. In ähnlicher Weise sind im späteren Mittelalter die Beziehungen zwischen dem Schiffer und der Schiffsmannschaft geregelt; der Schiffer übt während der Reise eine strenge Disziplinargewalt aus. Auch Handlungsdiener werden noch bis in die Neuzeit häufig ins Haus aufgenommen. Aber auch wo die Hausgemeinschaft mit dem gewerblichen Arbeiter fehlt, wie z. B. beim Bergarbeiter, bleibt er treu- und gehorsamspflichtig. Der Bauhandwerker erhielt vielfach beim Dienstantritt ein Geldbeneficium, das mit dem verdienten Lohn aufgerechnet wurde. Der Lohn war vorwiegend Naturallohn, der vielfach mit Erzeugnissen des Betriebs im Sinne einer gesellschaftlichen Beteiligung erfüllt wurde. Später drang der Geldlohn vor (Verbot des Trucksystems).

Die gewerblichen Arbeitsverträge haben nach der Rezeption ihre sonderrechtliche Entwicklung fortgesetzt. Im Gegensatz zum römischen Recht hielt man am Treugedanken fest und ließ Entlohnung außer in Geld auch in Naturalien zu. Nach geltendem Recht stehen neben den Regeln des Dienstvertrages des BGB. zahlreiche Sonderregeln gewerblicher Arbeitsverträge, insbesondere die der gewerblichen Arbeiter im engeren Sinne, der Handlungsgehilfen, der Schiffsleute und Bergarbeiter. Die Bestrebungen auf Schaffung eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes sind noch nicht zum Abschluß gelangt. Dagegen hat die Schweiz den Arbeitsvertrag bereits einheitlich zu regeln vermocht, vgl. OR. 321 ff.

Die römische locatio conductio operarum erstreckte sich nur auf niedere Dienste. Man mußte daher nach der Rezeption für höhere Dienste eine besondere Vertragsart konstruieren, den Honorarvertrag. Die Kodifikationen haben ihn wieder beseitigt. Durch den Dienstvertrag können Leistungen aller Art versprochen sein, BGB. 611, ABGB. 1151.

Schrifttum: Beug: Die Handlungsgehilfen des hansischen Kaufmanns, 1907. — Kuske: Die städtischen Handels- und Verkehrsarbeiter, 1914. — Silberschmidt: VJSchr. Soz. u. WG. 17 (1924), S. 141. — Ebel: Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, 1934. — Hon-Firnberg: Lohnarbeiter und freie Lohnarbeit im Mittelalter und zu Beginn der Neuzeit, 1935. — Zycha: Über die Anfänge der kapitalistischen Ständebildung in Deutschland, VSWG. 31, 1938, S. 105 und 209.

3. Der Lehrvertrag ist ein Dienstvertrag, kraft dessen der Lehrling Dienste, der Lehrherr die Ausbildung des Lehrlings schuldet. Dienstlohn fällt hier weg, der Lehrling muß vielmehr meist Lehrgeld zahlen. Er wird in die Hausgemeinschaft aufgenommen und untersteht wie das Gesinde der hausherrlichen Gewalt und dem Züchtigungsrecht des Lehrherrn. Die Zunftorgane haben Recht und Pflicht der Aufsicht über die Ausbildung der zur Zunft gehörenden Lehrlinge; die Zunftsatzungen stellen für den Lehrvertrag Regeln auf. In der neueren Zeit ist der Lehrvertrag in deutschrechtlichem Sinne in den Kodifikationen geregelt worden. Auch im geltenden Recht steht neben der Ausbildungs- und Fürsorgepflicht des Lehrherrn die Dienstleistungs- und Treugehorsamspflicht des Lehrlings, vgl. HGB 76, GewO. 126 ff.

III. Der **Werkvertrag** ist gerichtet auf Herbeiführung eines Arbeitserfolgs: hier stellt der selbständige Unternehmer seine Arbeit in den

Dienst beliebiger Dritter. Eine Aufnahme in die Hausgemeinschaft findet nicht statt, ein Treuverhältnis im Sinne des Dienstvertrags wird nicht begründet. Der Werkvertrag kommt in Fällen besonderer Kunstfertigkeit (Schmied) schon in sehr alter Zeit vor und erreicht infolge der Arbeitsteilung in den mittelalterlichen Städten bereits eine hohe Blüte.

1. Den Ausgang nimmt die Entwicklung von den Verträgen der auf Bestellung gegen Lohn arbeitenden Handwerker (lonwerk im Gegensatz zum handwerk, der Arbeit auf den Verkauf). Ihre Produktion wie ihre Werkverträge unterstehen der Aufsicht der Zunft. Reicher differenziert sich das Werkvertragsrecht, als neue Berufsgruppen hervortreten: die der Baumeister und Künstler, der Lehrer und Erzieher, der Fürsprecher und Ärzte. Durch den Werkvertrag, der als Real- und Arrhalvertrag oder durch Gelöbnis abgeschlossen wurde, verpflichtete sich der Unternehmer zur Herbeiführung des Arbeitserfolgs. Im Handwerk war Werkstattarbeit üblich; selbst Künstler verpflichteten sich nur ausnahmsweise zu ausschließlich persönlicher Arbeit. Das Werk mußte rechtzeitig geliefert werden; ein Rücktrittsrecht des Bestellers wird aber nur selten bezeugt. Für Güte der Arbeit sorgte die Zunft. Der Besteller konnte, solange er das Werk noch nicht abgenommen hatte, die Besserung von Mängeln des Werks, eventuell Schadenersatz verlangen; auch Minderung und Wandelung sind bezeugt. Der Besteller war regelmäßig zur Beschaffung des Stoffs verpflichtet, der in seinem Eigentum verblieb; der Unternehmer haftete für Rückgabe des unversehrten Stoffs. Seine Hauptpflicht bestand in der Zahlung des Werklohns, der nach Erreichung des Arbeitserfolgs fällig wurde. Seine Höhe war häufig durch Taxen festgesetzt. Der Lohn konnte in Geld oder Naturalien gezahlt werden; doch ist schon im 16. Jahrhundert das Truckverbot bezeugt. Der Lohn konnte als Akkord- oder Zeitlohn vereinbart sein; als Zeitlohn kam er besonders bei großen Bauten vor. Wurde die Leistung durch Zufall unmöglich, so behielt der Unternehmer den Anspruch auf den Lohn für die bereits geleistete Arbeit. Zur Sicherung seiner Lohnforderung stand dem Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht mit Pfandwirkungen am Werke zu.

Einen Werklieferungsvertrag hat das Mittelalter noch nicht gekannt, da der Stoff regelmäßig vom Besteller geliefert wurde.

2. Im gemeinen Recht wurde der römische Begriff der locatio conductio operis herrschend, der den Werkvertrag der Miete unterstellte. In den Partikularrechten hielt man dagegen unter dem Einfluß von Handwerksgebräuchen und Vertragsgewohnheiten an den deutschen Sätzen vielfach fest. Die neueren Gesetzbücher (mit Ausnahme des CC.) fassen den Werkvertrag mit dem Dienstvertrag zusammen als Arbeitsvertrag auf, so auch BGB. 631ff. und OR. 363ff. Die meisten Bestimmungen sind dem römischen und deutschen Recht gemeinsam. Vom römischen Recht abweichend im deutschrechtlichen Sinn geregelt ist die Haftung für Sachmängel

(633ff.) und die Gefahrtragung (644ff.); das Zurückbehaltungsrecht ist durch ein gesetzliches Unternehmerpfandrecht (647) ersetzt worden.

Im englischen Recht wird der Werkvertrag, soweit eine Sache überlassen wird, als Unterart der bailments behandelt (oben § 59, I, 2).

Schrifttum: Rothenbücher: Geschichte des Werkvertrages, 1906 (Gierkes Unters. 87).

III a. Von den zahlreichen Sonderarten des Werkvertrages gehen der Frachtvertrag und der Kommissionsvertrag auf älteres deutsches Recht zurück. Während in älterer Zeit der Kaufmann seinen Warentransport selbst geleitete, entstand im 14. Jahrhundert ein besonderes Fuhrmannsgewerbe; für die Binnenschiffahrt hatte sich ein Schiffergewerbe schon früher entwickelt. Für den Frachtvertrag galt Werkvertragsrecht. Besonders geregelt wurde die Haftung für zufälligen Verlust des Gutes, die den Fuhrmann nur traf, wenn er seiner Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen war. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Durchführung des Transportes blieb ihm der Anspruch auf die Fracht. Diese Sätze sind in das moderne Frachtrecht übernommen worden (HGB. 429, 630), das im übrigen als Unterart des Werkvertragsrechts eine sonderrechtliche Ausgestaltung erfahren hat.

Um Waren an ferngelegenen Plätzen zu verkaufen oder auch einzukaufen, sendet man schon seit dem 12. Jahrhundert Handlungsdiener aus, die sich seit dem 13. Jahrhundert ständig an dem fremden Platz aufhalten und so vielfach selbständige Unternehmer, Kommissionäre, werden. Das Kommissionsgut (sendeve) wird vom Kommissionär für Rechnung des Auftraggebers eingekauft oder verkauft, wobei der Kommissionär, gleichgültig, ob er im eigenen oder fremden Namen auftritt, stets selbst verpflichtet und berechtigt wird. Während der Kommissionär anfänglich festen Lohn erhält, wird seit dem 16. Jahrhundert Provision üblich; seit dieser Zeit wird der Kommissionär auch durch ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht am Kommissionsgute gesichert; endlich erhält er das Selbsteintrittsrecht. Das geltende Kommissionsrecht beruht auf diesen Grundlagen, HGB. 383ff. Als Unterart der Kommission ist seit dem AHGB. die Spedition selbständig geregelt, HGB. 407ff.

Schrifttum: Pappenheim: Die geschichtliche Entwicklung des Seehandels und seines Rechts, 1903. — Schmidt-Rimpler: Geschichte des Kommissionsgeschäftes in Deutschland, 1, 1915; in Ehrenbergs HB. des Handelsrechts V, I, 1 (1928), S. 543ff. — Pappenheim: Zur Entwicklungsgeschichte des Seefrachtvertrags, ZRG. G. 51, 1931. — Zycha: Zum Unternehmensrecht der älteren Binnenschiffahrt, Beiträge zum Wirtschaftsrecht I, 1931, S. 289. — Ebel: Rostocker Transportgewerbe, VSWG. 31, 1933, S. 313. — Wohlhaupter: Beiträge zum Recht der Personenbeförderung über Wege im Mittelalter, Historisches Jahrbuch 57, 1937, S. 339.

IV. Der Mäklervertrag ist als Vertrag privater Handelsmäkler in Deutschland wohl schon in der Frühzeit der deutschen Städte er-

wachsen. Die Quellen schweigen über ihn. Näheres erfahren wir aber über den amtlichen Mäkler, den die deutschen Städte seit dem 13. Jahrhundert wohl aus Italien übernommen haben. Der Mäkler (underkäufel, makelaer) ist städtischer Beamter, der insbesondere den Handel der Gäste zu überwachen hat. Wie der private Handelsmäkler vermittelt er weiter den Abschluß von Verträgen; kommt der Abschluß zustande, so steht ihm eine taxmäßige Vergütung zu, die meist von den Parteien zur Hälfte zu zahlen ist. Im späteren Mittelalter muß er häufig über seine Geschäfte ein Buch führen, das öffentlichen Glauben genießt. Der Mäklervertrag ist eine selbständige Unterart des Arbeitsvertrages. Er ist auch in das moderne Recht übergegangen. Die neueste Entwicklung bevorzugt wieder den privaten Mäkler (BGB. 652, HGB. 93, OR. 412).

Schrifttum: Frensdorff: Der Makler im Hansagebiet, 1901. — Toebelmann: ZfHR. 70 (1911), S. 133. — Beukemann: Die Geschichte des Hamburger Mäklerrechts, 1912 (Beyerles Beitr. 7; 5). — Heymann in Ehrenbergs HB. des Handelsrechts V, 1, 1 (1928), S. 321 ff. — Van Houtte: Le courtier au moyen-âge, RHDFE. 15, 1936. — Schmieder: Unterkäufer im Mittelalter, VSWG. 30, 1937.

V. Der Verwahrungsvertrag ist aus dem Leihevertrag hervorgegangen. Er kann wie dieser entgeltlich sein. Schon die Rechtsbücher erkannten seine Sonderstellung, die in dem Vorherrschen der Interessen des Hinterlegers begründet war. Die Haftung des Verwahrers für Zufall wurde daher entweder ganz beseitigt, oder er konnte sich wenigstens durch den Nachweis befreien, daß mit dem fremden Gut sein eigenes verloren ging, oder daß er das fremde Gut wie sein eigenes hütete. So bereitete sich die schon im Mittelalter durchdringende Auffassung vor, daß Vertragsinhalt nicht so sehr die Rückgabe der Sache als die Behütung der Sache durch den Verwahrer sei. Diese Auffassung ist, obwohl das römische depositum auf anderen Grundlagen beruhte, in den neueren Gesetzbüchern durchgedrungen, so im ABGB. 957, sie beherrscht das BGB. (688) und das Lagergeschäft des HGB. 416 ff. Der Verwahrungsvertrag ist daher zum Arbeitsvertrag geworden.

Drittes Kapitel.

Sicherungsverträge.

§ 74. Bürgschaft.

I. Das ältere Recht. Die Bürgschaft dient der Sicherung des Gläubigers durch Eintreten eines Dritten. Das Eintreten kann geschehen, indem der Bürge eine persönliche Haftung oder indem er eine eigene Bürgenschuld übernimmt. Demgemäß kannte schon die ältere Zeit zwei Formen: die Geiselschaft und die Gestellungsbürgschaft.

1. Die Geiselschaft war Übernahme persönlicher Haftung für fremde Schuld. Daß sie in älterer Zeit häufig zur Anwendung kommen konnte, hängt zusammen mit der starken Bindung des einzelnen in Stamm, Sippe, Gefolgschaft. Denn der Geisel (ahd. gisil)

war ein freier Mann, der wie ein Faustpfand in die Gewalt des Gläubigers gegeben wurde. Solange die Schuld schwebte, hatte der Gläubiger keine andere Gewalt als die, den Geisel zurückzuhalten; er durfte ihn nicht töten oder körperlich schädigen, nicht verkaufen oder zu Diensten verwenden. Mit Schuldtilgung wurde der Geisel der Gefangenschaft ledig. Kam aber der Schuldner in Leistungsverzug, so verlor der Geisel seine Freiheit und verfiel dem Gläubiger zu Eigentum. Der Gläubiger konnte ihn töten oder verstümmeln, ihn als Knecht behalten oder verkaufen. Die Geiselschaft war der Typus der reinen Personenhaftung; denn mit der Stellung eines Geisels war die Entstehung einer strafrechtlichen Haftung des Schuldners ausgeschlossen.

2. Die Gestellungsbürgschaft war die Übernahme einer eigenen Bürgenschuld. Sie hängt zusammen mit dem Aufbau des Volkes in Sippenverbänden. Der Bürge war ein Sippegenosse des Schuldners, der als Vermittler zwischen Gläubiger und Schuldner auftrat. Er übernahm es, dem Gläubiger gegenüber dafür zu sorgen, daß er die Leistung oder die Person des Schuldners erhielt; so wurde dem Schuldner eine Gnadenfrist gewährt, die ihn vorläufig vor den schweren Folgen der Nichtleistung schützte. Nach den Vereinbarungen zwischen den Parteien konnten die Rechte und Pflichten des Bürgen verschieden gestaltet sein. So konnte vereinbart sein, daß der Bürge den Schuldner in eigenen Gewahrsam nahm. Hier erscheint der Bürge als Treuhänder des Gläubigers. Kraft seines Treugelöbnisses hatte er den Schuldner zu verwahren und ihn, wenn er nicht von den Verwandten des Schuldners ausgelöst wurde, dem Gläubiger zu übergeben. Das wird für den Wergeldschuldner, den Totschläger, bezeugt. Die Regel war das nicht. Meist blieb der Schuldner vorläufig in Freiheit. Aber der Bürge übernahm es, die Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner zu wahren, sie wurden ihm in treue Hand übergeben. Besonders kennzeichnend ist das Verfahren beim Wettvertrag. Hat der Schuldner eine wadia dem Gläubiger gegeben, so übergibt dieser sie dem Bürgen weiter. Der Bürge nimmt die wadia in treue Hand, um unter Vorweisung dieses Persönlichkeitszeichens die Mahnung des Schuldners zur Leistung vornehmen zu können. Hierzu hat er sich durch Treugelöbnis verpflichtet. Der Bürge kann dem Schuldner Pfänder wegnehmen, die er dem Gläubiger zu seiner Befriedigung weitergibt. Erfüllt der Schuldner, oder verschafft der Bürge dem Gläubiger Befriedigung, oder übergibt er den Leib des Schuldners dem Gläubiger, so ist die Bürgenschuld selbst erfüllt und der Bürge befreit. Wenn der Bürge seine Bürgenschuld nicht erfüllt, indem er weder den Schuldner zur Erfüllung veranlaßt noch ihn vor Gericht stellt, so kommt er selbst dem Gläubiger gegenüber in Leistungsverzug. Der Gläubiger kann daher jetzt gegen den Bürgen wie gegen einen vertragsbrüchigen Schuldner vorgehen. Der Bürge ist strafrechtlich haftbar geworden; er kann vom Gläubiger selbst ausgepfändet werden, er verfällt der Fehderache oder der Friedlosigkeit.

Konnte der Schuldner keinen Bürgen stellen, so wurde von ihm vielfach eine Selbstbürgschaft verlangt: beim Wettvertrag gab er dann den Stab dem Gläubiger mit der linken Hand und nahm ihn mit der rechten zurück. Damit übernahm er die Pflicht zur Selbstmahnung und Selbstgestellung, so daß ihn der Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Leistung ohne eigene Mahnung strafrechtlich verantwortlich machen konnte.

II. Im Mittelalter sind Geiselschaft und Gestellungsbürgschaft der alten Form allmählich verschwunden. An ihrer Stelle hat das Mittelalter zwei neue Arten der Schuldbürgschaft entwickelt: die Leibbürgschaft und die Vermögensbürgschaft.

1. Die Leibbürgschaft. Mit der Ausbildung des Treugelöbnisses zum Haftungsvertrag (oben § 60) war die Übernahme einer leiblichen Haftung des Bürgen durch Treugelöbnis möglich geworden. Der Bürge unterwarf sich durch das Treugelöbnis dem Zugriff des Gläubigers, der Personalexekution. Wie bei der Geiselschaft war der Körper des Bürgen selbst verhaftet, doch so, daß erst der Zugriff dem Gläubiger die tatsächliche Gewalt verschaffen sollte.

Der ideelle Zusammenhang dieser Leibbürgschaft mit der Geiselschaft tritt besonders beim Einlagerversprechen hervor. Das Versprechen des Einlagers (giselschaft, obstagium) verpflichtete den Bürgen, sich im Verzugsfalle an einen vereinbarten Ort, meist in ein Wirtshaus, zu begeben, und dort bis zur Auslösung zu bleiben (Leistung). Das Versprechen war besonders in den Kreisen des hohen Adels und der Ritterschaft üblich, gegen welche die normalen Exekutionsmittel versagten. Der „Leistende" hatte meist mit großem Gefolge einzureiten und erheblichen Aufwand zu machen, der vom Schuldner zu erstatten war (Geiselmahl köstlich Mahl). Die Freiheitsberaubung sollte den Bürgen, die Höhe der Kosten den Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers veranlassen. Besonders im fränkischen Rechtsgebiet ist das Einlager z. T. zum gesetzlichen Zwangsmittel des Bürgschaftsrechts geworden.

Schrifttum: Friedländer: Das Einlager, 1868. — Lechner: Das Obstagium oder die Giselschaft, 1906. — Rintelen (oben zu § 57). — Kisch: Das Einlager im ältesten Schuldrechte Mährens, 1912; Über das Einlager im älteren böhmischen Stadtrecht, 1912.

2. Die Vermögensbürgschaft. Seit dem Hochmittelalter hat besonders in den Städten auch die Bürgschaft den Übergang zur Bevorzugung der Vermögenshaftung vollzogen, vgl. § 57, II, 1. Der Bürge übernahm jetzt eine eigene, auf Befriedigung des Gläubigers abzielende Bürgenschuld. Er versprach zwar regelmäßig nicht, selbst zu leisten, wohl aber, dem Gläubiger die Leistung des Schuldners oder Ersatz dieser Leistung zu verschaffen. Doch wurde vielfach Gebrauch, daß der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgte; damit machte er sich zugleich zum Schuldner der Schuldnerschuld. Die Stellung eines Bürgen konnte auch noch im Mittelalter die Entlassung des Schuldners aus der Haftung zur Folge haben. Regelmäßig war dies aber nicht mehr der Fall. Der Schuldner haftete trotz Bürgenstellung dem Gläubiger, zunächst freilich nur subsidiär, wenn vom Bürgen keine Befriedigung zu erlangen war, sodann primär, so daß meist Schuldner und Bürge als Gesamtschuldner hafteten. Im Spätmittelalter trat endlich die Haftung des Bürgen in die subsidiäre Stellung; er konnte erst in Anspruch genommen werden, wenn der

Schuldner vergeblich belangt worden war. Dabei blieb freilich vertraglich gesamtschuldnerische Haftung von Schuldner und Bürgen vielfach in Gebrauch.

Während die drei älteren Bürgschaftsformen höchst persönlich, daher unvererblich waren, wurde die Vermögensbürgschaft als eine das Vermögen des Bürgen selbst belastende Schuld im späteren Mittelalter vererblich.

III. Das neuere Recht hat die Leibbürgschaft beseitigt. Das Einlager wurde im 16. Jahrhundert reichsgesetzlich abgeschafft, blieb aber partikulär (Holstein, Schweiz) bis in das 19. Jahrhundert in Übung. Die weitere Entwicklung der Bürgschaft schloß sich an die römische fidejussio an. Doch entsprach diese nach ihrer Umbildung im gemeinen Recht und in den Partikularrechten in den wesentlichen Zügen der spätmittelalterlichen Vermögensbürgschaft. Das geltende Recht hat die deutschrechtlichen Gedanken wieder stärker belebt. Die Schuld des Bürgen ist akzessorisch und subsidiär: ihm steht die Einrede der Vorausklage zu, BGB. 771, OR. 495, anders ABGB. 1355; doch macht das Handelsrecht eine Ausnahme (AHGB. 281, HGB. 349, 351), auch kann sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichten, BGB. 773, ABGB. 1357, vgl. BGB. 239, II; OR. 496. Weiter erscheint als das Primäre die Haftung des Bürgen, die nur eine der Haftung entsprechende Bürgenschuld auslöst, BGB. 765, OR. 492. Die Bürgschaftserklärung bedarf der schriftlichen Form, ABGB. 1346, BGB. 766, OR. 493.

In England bedarf die Bürgschaft (guarantee) der schriftlichen Form. Der Bürge (surety) haftet selbstschuldnerisch.

Schrifttum: Vgl. die Werke von v. Amira, Horten, Puntschart, Rintelen oben zu § 57, II, 2. Weiter: Marquardsen: Haft und Bürgschaft, 1852. — Platner: Die Bürgschaft,1857. — A. Heusler: Bürge und Selbstzahler, Z. f. schweiz. Recht 9 (1861), S. 68. — Haff: Studien zum Bürgschaftsrecht, das. N. F. 43 (1924), S. 129. — Beyerle: Der Ursprung der Bürgschaft, 1927 (ZRG. G. 47, S. 567). — Puntschart: Über Gottesbürgschaft im angelsächs. Recht, Festschrift für Redlich, 1928, S. 499. — Peterka: Zur deutschen Bürgschaft im Rezeptionszeitalter, Festschrift für Zycha, 1941, S. 337. — Vgl. Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht I, 1909. — Koschaker: Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, 1911.

§ 75. Selbständige Sicherungsverträge.

Die Bürgschaft setzt ein Schuldverhältnis voraus, dessen Sicherung sie dient. Daneben bestehen selbständige Sicherungsverträge; sie wollen einen Vertragsteil gegen Nachteile schützen, die aus einem künftigen Ereignis entstehen können (der Versicherungsvertrag), oder sie sichern einer Partei den lebenszeitlichen Unterhalt (der Leibrenten- und Verpfründungsvertrag).

I. Der Versicherungsvertrag. Schon im Frühmittelalter leisteten manche Genossenschaften ihren Mitgliedern Ersatz für Schäden, die sie durch Brand, Diebstahl, Schiffbruch usw. erlitten hatten. Im 12. Jahrhundert begegnen sodann im germanischen Rechtskreis vertragliche Gefahrengemeinschaften für die gleichen Fälle. Hier liegen

die Anfänge der Versicherung auf Gegenseitigkeit. Seit dem 14. Jahrhundert entsteht weiter die Prämienversicherung zunächst im Mittelmeergebiet, wo sich eine Seetransportversicherung gegen Prämie aus dem Seedarlehen (foenus nauticum) entwickelt (Genua 1347). Wenig später findet sich die Seeversicherung in den Niederlanden. Deutschland folgt zögernd (Hamburg). Seit dem 17. Jahrhundert wurden Prämienversicherungsverträge auch für andere Fälle abgeschlossen; so entstand die Feuer-, Vieh- und Hagelversicherung, insbesondere auch die Lebensversicherung. Versicherungsgesellschaften wurden in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert (Hamburg 1765) errichtet. Neben der gewerblichen Versicherung entwickelte sich die genossenschaftliche Gegenseitigkeitsversicherung weiter in den Feuersozietäten, Viehversicherungsvereinen, Lebensversicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit. Seit dem 19. Jahrhundert entfaltete sich das Versicherungswesen in Deutschland in ungeahntem Umfange, gestützt durch Ausbildung der Rückversicherung. Gesetzlich geregelt wurde in Deutschland zuerst die Seeversicherung (Hamburg 1731), sodann die Versicherung insgesamt im ALR. Das BGB. ließ die Landesgesetze bestehen (EG. 75); das Seeversicherungsrecht war schon im AHGB. 782ff. einheitlich geregelt worden. Rechtseinheit für den Versicherungsvertrag schuf das Reichsgesetz vom 30. 5. 1908. Der Versicherungsvertrag ist heute ein gegenseitiger Vertrag, aus dem der Versicherungsnehmer eine Vergütung, der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles eine Ersatzleistung schuldet. Sein Zweck ist es, eine bestehende Gefahr zu beseitigen oder zu verringern. Der Versicherungsvertrag ist daher kein Glücksvertrag (anders noch CC., ABGB. 1288).

Schrifttum: Wilda: Das Gildenwesen im Mittelalter, 1831. — Pappenheim: Die altdänischen Schutzgilden, 1885. Ein altnorwegisches Schutzgildestatut, 1888. — Helmer: Die Geschichte der privaten Feuerversicherung in den Herzogtümern Schleswig u. Holstein I 1925, II 1926. — Ebel: Die Hamburger Feuerkontrakte und die Anfänge des deutschen Versicherungsrechts, 1937.

II. Der Leibrentenvertrag hat sich seit dem 13. Jahrhundert aus dem Rentenkauf (oben § 41) als besonderer schuldrechtlicher Vertrag abgespalten. Gegen eine einmalige Leistung verpflichtete sich der Rentengeber dem Rentennehmer zur Leistung einer wiederkehrenden lebenslänglichen Rente. Der Vertrag war regelmäßig Leibrentenkauf; doch konnte auch ein anderer Gegenstand als Geld die Gegenleistung bilden. Der Zweck des Vertrages war ein egoistischer: er sollte dem Gläubiger auf Lebenszeit eine über den normalen Kapitalertrag hinausgehende Rente verschaffen. Neben der Höhe des Kapitals war schon im Mittelalter das Lebensalter des Gläubigers für die Bemessung der Rente entscheidend. Daneben kamen Leibrentenverträge zugunsten Dritter vor; auch konnte die Zahlung der Leibrente bis zum Tode eines Dritten oder auch des Schuldners vereinbart werden. Im späteren Mittelalter haben Städte, Landesherrn, Kirchen den Verkauf von Leibrenten zwecks Kapitalbeschaffung gewerbsmäßig betrieben. Der Leibrentenvertrag hat sich in neuerer Zeit erhalten;

abgeschlossen wird er meist gewerbsmäßig von Erwerbsgesellschaften und öffentlichen Anstalten. Im gemeinen Recht bestand über sein Wesen Streit; vielfach wurde er als Glücksvertrag behandelt (so noch heute ABGB. 1284), sonst erscheint er im geltenden Recht als selbständiger Sicherungsvertrag (BGB. 759, OR. 516).

III. Der Verpfründungsvertrag ist aus der alten freiwilligen Stellung unter fremde Munt erwachsen. Im Mittelalter war er ein Schuldvertrag, durch den eine Partei der anderen ihr Vermögen übertrug, wofür diese lebenslänglichen Unterhalt zusagte. Eine häufige Abart war der Altenteilsvertrag, den man in Verbindung mit der bäuerlichen Gutsübergabe abzuschließen pflegte. Der Verpfründungsvertrag wurde im gemeinen Recht anerkannt und im ALR., gesetzlich geregelt (sog. Vitalizienvertrag). Im BGB. nicht erwähnt, ist er im OR. 521 ff. eingehend geordnet; danach hat er den Eintritt in die häusliche Gemeinschaft zur Folge (524) und unterliegt der Anfechtung durch Unterstützungsberechtigte (525). Wegen der Schuldenhaftung vgl. oben § 68.

Viertes Kapitel.

Gefahrverträge.

§ 76. Spiel und Wette.

I. Das Spiel. Beim Spiel ist eine Ungewißheit über den Eintritt eines künftigen Ereignisses gegeben, von deren Entscheidung Gewinn oder Verlust der Beteiligten abhängt. Das Spiel der älteren Zeit war ein Rechtsgeschäft des Sachenrechts, kein Schuldvertrag. Der Spieleinsatz wurde körperlich übergeben; es lag Eigentumsübertragung vor, die durch den Spielausgang suspensiv bedingt war. Dem Gewinner standen die Rechtsbehelfe des Sachenrechts zu Gebote, Selbsthilferecht und Klage aus der verletzten Gewere. Das Spiel war daher gegenständlich auf das beschränkt, was die Spieler zum Brette gebracht hatten; auch die eigene Person konnte Spieleinsatz sein. Eine Klage auf Herausgabe nicht körperlich eingesetzten Spielgewinnes war an sich nicht möglich; doch mochten die Spieler sich häufig durch Formalvertrag zur Leistung verpflichten, dann galten die Regeln dieses Vertrags. Eine vollkommene Neugestaltung des Spielrechtes trat im Mittelalter ein, als man nicht mehr um individuell bestimmte Sachen, sondern um Geldwert spielte. Durch den Spielvertrag entstand jetzt eine Schuld des Verlierers, die sofort zu erfüllen war. Wurde sofortige Leistung verweigert, so konnte der Gewinner seinen Schuldner auspfänden und bis zur Zahlung festnehmen. Entkam der Schuldner, so wurde seine Entlassung aus der Schuld vermutet. Überhaupt bestand die Tendenz, die Haftung des Verlierers im Sinne des älteren Spielrechts auf die zum Brette gebrachte Bereitschaft zu beschränken. Eine gerichtliche Klage wegen Spielschuld wurde daher nur in wenigen Fällen zugelassen. Seit dem Hochmittelalter begann die städtische Gesetzgebung, das Spiel aus ethischen Gründen zu bekämpfen. Gerichtliche Klage und Selbsthilfe wurden dem Gewinner entzogen. Auch Gelöbnisse wegen Spielschuld wurden reprobiert. Doch blieb die Spielschuld als Schuld anerkannt: das auf Grund einer Spielschuld Geleistete konnte nicht zurückgefordert werden.

Im gemeinen Recht drang die römische Scheidung von erlaubten und unerlaubten Spielen durch. Die unerlaubten Spiele waren unklagbar; das als Spielverlust Gezahlte konnte zurückgefordert werden. Die nach römischem Recht erlaubten Spiele waren zwar klagbar, wurden aber tatsächlich in der neueren Zeit nicht mehr gespielt, so daß der Grundsatz der Versagung der Spielklage den wirklichen Zuständen entsprach. Auf diesem Standpunkt steht auch die neuere Gesetzgebung. Die Klage wird versagt, ebenso aber auch gemäß deutscher Anschauung die Rückforderung des auf Grund des Spieles Geleisteten (ALR., CC.). Das ist auch der Standpunkt des BGB. 762 und des OR. 514, im Ergebnis auch des ABGB. 1272, 1271.

II. Die Wette. Bei der Wette ist eine Ungewißheit über die Richtigkeit einer Behauptung gegeben; eine Partei nimmt für den Fall der Unrichtigkeit eine Strafe auf sich. Auch die Wette wurde in alter Zeit vollzogen in Form der suspensiv bedingten Eigentumsübertragung des Wetteinsatzes. Diesen übergab man aber einem Treuhänder, da die Ungewißheit häufig längere Zeit andauerte. Auch die Wette hielt sich also ursprünglich im Rahmen des Sachenrechts. Doch wird daneben schon sehr früh bezeugt, daß durch Formalvertrag eine Strafleistung für den Fall des Verlustes der Wette versprochen wurde. Die Wette wurde zum Schuldvertrag, und man behandelte sie als solchen nun auch, wenn beim Abschluß der Wette ein Wetteinsatz gesetzt wurde; dieser erschien nun als Pfand (Wette) für die Wettschuld. Im Hochmittelalter genügte für den Abschluß der Wette Handschlag oder Weinkauf; später wurden auch formlose Wetten klagbar. Überhaupt hat die Klagbarkeit der Wetten sich besser erhalten als die des Spiels. Nur Überwetten (mit besonders hohem Einsatz) nahm man aus. Erst seit dem 14. Jahrhundert zeigte sich die Tendenz, die Wette dem Spiel gleichzustellen. Da aber das römische Recht die Klagbarkeit der Wette anerkannte, blieb das gemeine Recht mit den Partikularrechten auf dem älteren Standpunkt stehen. Erst die Kodifikationen nahmen die Entwicklung des Spätmittelalters wieder auf und dehnten die Unklagbarkeit des Spiels auf die Wette aus. Das ist auch der Standpunkt des ABGB. 1270f., des BGB. und des OR. 513.

Schrifttum: Wilda: Zeitschr. f. deutsches Recht 2 (1839), S. 133ff.; 8 (1843), S. 200ff. — Schuster: Das Spiel, 1878.

Fünftes Kapitel.

Abstrakte Verträge.

§ 77.

I. Im älteren deutschen Recht herrschte der formelle Schuldvertrag vor. Der in bestimmten Rechtsformen abgeschlossene Vertrag brachte die Schuld rechtswirksam zur Entstehung. Einer Angabe des Schuldgrundes bedurfte es nicht. Dem abstrakten Schuldversprechen kam schuldbegründende Kraft zu. Mußte der Beklagte

anerkennen, ein Schuldversprechen geleistet zu haben, konnte er es nicht mit der Behauptung entkräften, dem Versprechen fehle der Schuldgrund. Anders lag es nur, wenn er die Unverbindlichkeit des Versprechens nachweisen konnte; wenn ihm z. B. der Beweis gelang, daß das Schuldversprechen erzwungen, einer klaglosen Spielschuld wegen, zu einem verbotenen Zwecke abgegeben worden war. Von besonderer Bedeutung war es, daß auch das urkundlich abgegebene Schuldversprechen ohne Angabe des Schuldgrunds rechtsverbindliche Kraft besaß (cautio indiscreta); auf dieser Grundlage hat das Wertpapierrecht seine eigentümliche Ausgestaltung erfahren.

II. Nach der Rezeption drang im gemeinen Recht (im Gegensatz zum älteren römischen Recht) die Ansicht durch, daß der Schuldvertrag zur Rechtsverbindlichkeit der Angabe des materiellen Schuldgrundes bedürfe; auch der cautio indiscreta erkannte man die selbständige Beweis- und Verpflichtungswirkung ab. Dem entsprach auch die Stellung der neueren Gesetzbücher (ALR., ABGB., CC.). Nur für kaufmännische Schuldbriefe, Anweisungen und Wechsel machte man Ausnahmen; die WO. und das alte HGB. legten ihre Anerkennung gesetzlich fest (300, 301). In neuerer Zeit ist die deutsche Praxis und Gesetzgebung (nicht das ABGB.) zur Anerkennung des abstrakten Schuldversprechens zurückgekehrt, dem seit der Schrift O. Bährs das Schuldanerkenntnis gleichgestellt wurde. Dem folgt das BGB., das aber (im Gegensatz zum OR. 17) Schriftform verlangt, 780ff., vgl. auch 784.

Abstrakte Verträge sind im englischen Recht unbekannt. Jeder Vertrag bedarf, soweit er nicht in einer gesiegelten Urkunde niedergelegt ist, einer consideration; aus ihm selbst muß ein vernünftiger Grund ersichtlich sein, d. h. regelmäßig eine Leistung der Gegenpartei.

Schrifttum: O. Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855.

Sechstes Kapitel.

Wertpapiere.

§ 78.

Wertpapiere sind Urkunden, deren Innehabung zur Ausübung des in ihnen verbrieften Privatrechts erforderlich ist. Sie können heute auch dem Personenrecht (Aktie) oder dem Sachenrecht (Hypothekenbrief, Konnossement) angehören. Ihr geschichtlicher Ausgangspunkt aber liegt im Schuldvertrag; als Teil des Schuldrechts haben sie ihre Entwicklung durchgemacht, und auch im geltenden Rechte liegt der Schwerpunkt des Wertpapierrechts noch im Schuldrecht (Wechsel, Scheck, Inhaberschuldverschreibungen).

I. Die ältere Vertragsurkunde. Die germanischen Völker haben das Urkundenwesen aus der römisch-byzantinischen Praxis übernommen. Aber sie haben aus eigenem Gedankengut die Entwicklung der Urkunde zum Wertpapier, das dem Altertum unbekannt blieb, vollendet.

1. Den Ausgangspunkt bildete die im griechischen Recht entwickelte Dispositivurkunde, die in der fränkischen Zeit sog. carta (auch epistola, testamentum genannt). Sie war regelmäßig in subjektiver Form abgefaßt. Der Aussteller erklärte in ihr seinen rechtsgeschäftlichen Willen. Sie wurde daher vom Aussteller mit seinem Namen oder Handzeichen unterschrieben oder durch Handauflegung anerkannt (manufirmatio, daher Handfeste). Verbindliche Kraft erhielt der Inhalt der Urkunde damit aber noch nicht, auch nicht durch einfache Begebung der Urkunde, sondern nur (soweit es sich um Schuldurkunden handelte) durch Verwendung der carta als wadia im Vertragsritus des Formalvertrages (oben zu § 59). Solange alle Bindungskraft im Formalvertrag verankert war, konnte der Urkunde selbst weder Konstitutiv- noch Dispositivkraft zukommen. Das hat sich aber mit der im langobardischen und fränkischen Recht noch in spätfränkischer Zeit beginnenden Auflösung des Formalvertrages geändert. Die Urkunde verlor ihre Wadiafunktion. So siegte im Mittelalter die Auffassung, daß der Vertrag durch einfache Hingabe und Annahme der Urkunde zustandekomme (sog. Begebungsvertrag).

2. Neben der carta stand die notitia, ein in dritter Person abgefaßtes Protokoll über ein Rechtsgeschäft. Ihr kam nur Bedeutung für den Beweis zu, während das beurkundete Rechtsgeschäft unabhängig von der Beurkundung zustandekam. Sie hat im früheren Mittelalter die carta zeitweise völlig zurückgedrängt.

II. Die Order- und Inhaberpapiere. Schon die antike Schuldurkunde enthält Klauseln, „die der mangelhaften Forderungsabtretung und Stellvertretung abhelfen" (Rabel). Auf sie vermutlich führen die Urkundenklauseln zurück, deren erste Formen in italienischen Urkunden schon im 6. Jahrhundert, in deutschen seit dem 9. Jahrhundert anzutreffen sind. Sie gaben die Grundlage ab für die Entwicklung der Urkunde zum Wertpapier in den beiden Formen des Order- und des Inhaberpapiers. Eine solche Entwicklungsfähigkeit kam ihnen aber nur zu, weil das germanische Recht Verträge auf Leistung an Dritte zuließ.

1. Die Orderpapiere. Der Ausgangspunkt liegt in der Exaktionsklausel: der Aussteller verspricht dem Destinatär zu leisten „aut cui dederis ad exigendum". Selbständig neben ihr steht die Stellvertretungsklausel, wonach die Leistung dem Destinatär versprochen wird „aut cui hoc scriptum vice tua in manu paruerit". Aus der Exaktionsklausel geht die Begebungsklausel hervor, die dem Destinatär „aut cui cartam dederis" die Leistung an Order (all' ordine, à son ordre). Gemeinsam ist hundert aus mit der Leistungszusage an den Destinatär oder „wer diesen brief mit deinem guten willen innehat". Zuerst in Italien, dann in Frankreich und Deutschland versprechen die Urkunden die Leistung an Order all' ordine, à son ordre). Gemeinsam ist allen diesen Klauseln einmal, daß die Leistung einem bei Vertrags-

abschluß nicht beteiligten und noch unbestimmten Dritten zugesagt wird, und sodann, daß dieser Dritte durch den Willensakt des mit Namen genannten Destinatärs bestimmt werden soll. Die Rechte aus der Urkunde geltend machen konnte daher nur, wer diesen Willensakt des Destinatärs zu seinen Gunsten nachweisen konnte. Nur eine einmalige Übertragung kam dabei in Betracht. Bei der Stellvertretungsklausel mußte er die Vertretungsvollmacht, bei den anderen Formen die Begebung durch den Destinatär nachweisen. Der Begebungsnachweis wurde zunächst durch eine besondere Urkunde (Willebrief) geführt, die aber seit dem 17. Jahrhundert, zuerst in Frankreich, durch das Indossament ersetzt wurde, einen auf der Rückseite der Urkunde (in dorso) eingetragenen Begebungsvermerk. Mit dem Indossament entwickelte sich fast gleichzeitig die unbeschränkte Indossabilität des Orderpapiers, d. h. die Zulässigkeit unbegrenzt vielfacher Übertragung.

2. Die Inhaberpapiere gehen auf die Inhaberklauseln zurück, die in Italien seit dem 9., in Deutschland seit dem 13. Jahrhundert auftreten. Sie begegnen in zwei Formen: der reinen Inhaberklausel, die dem Inhaber als solchem die Leistung zusagt (ad hominem, apud quem hoc scriptum in manu paruerit, dem behelder des briefs), und der alternativen Inhaberklausel, die einem benannten Destinatär oder dem Inhaber die Zahlung verspricht (tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit). Auch mit der Inhaberklausel wird die Leistung einem beim Vertragsschluß nicht beteiligten, unbestimmten Dritten versprochen, aber der die Urkunde vorweisende Dritte braucht die Übertragung des Rechts nicht nachzuweisen. Daher besaßen die Inhaberpapiere schon im Mittelalter eine so intensive Verkehrsfähigkeit, wie sie die Orderpapiere erst im 17. Jahrhundert erreichten. Durch den Einfluß römischen Rechts wurde freilich schon seit dem Ausgang des Mittelalters die Stellung der Inhaberpapiere vorübergehend geschwächt, indem man vom Inhaber den Begebungsnachweis forderte. Schon im 17. Jahrhundert sind die Papiere mit reiner Inhaberklausel aber wieder im alten Umfang anerkannt worden; die alternative Inhaberklausel verschwand freilich zunächst, um erst im modernen Scheckrecht wieder aufzuleben.

III. Die neueste Entwicklung der Wertpapiere hat auf diesen Grundlagen weitergebaut und zu einer reichen Blüte des Wertpapierrechtes geführt. Eine beherrschende Stellung im Rechtsleben erlangten insbesondere die vollkommenen Wertpapiere, die das Recht aus dem Papier vom Recht am Papier nicht bloß für die Ausübung, sondern auch für Entstehung und Fortbestand des Rechts abhängig machen, und unter ihnen besonders der Wechsel. Seine Bedeutung liegt in der außerordentlichen Sicherung des persönlichen Kredits, die er infolge der starren skripturmäßigen Bindung der Wechselschuldner gewährt. Von großer Bedeutung wurde weiter die

starke Verbreiterung der Basis des Wertpapierrechts durch Entwicklung personenrechtlicher und sachenrechtlicher Papiere.

Zu einer einheitlichen gesetzlichen Regelung des Wertpapierrechts ist es in Deutschland noch nicht gekommen (anders im OR. 720—858). Die Rechtssätze finden sich zerstreut in der WO. (von 1847) und dem Scheckgesetz (von 1908), im BGB. (Inhaberschuldverschreibungen 793ff.) und HGB. (z. B. 222, 363ff., 424, 444ff., 642ff., 682ff.).

Die Verpflichtung aus dem Wertpapier entsteht auch heute nur durch den Begebungsvertrag. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts kam freilich die Theorie des einseitigen Versprechens auf, die heute noch in der sog. Kreationstheorie nachwirkt. Diese Theorie hatte früher den Vorzug, eine Erklärung für die Haftung des Ausstellers gegenüber dem gutgläubigen Erwerber eines fertigen abhandengekommenen Wertpapiers zu bieten. Heute läßt sich diese Haftungswirkung im Rahmen der Vertragstheorie aus dem Rechtsschein der skripturmäßigen Wertpapiere einleuchtend erklären.

Schrifttum: Brunner: Forschungen S. 524—661; Carta und notitia, 1877; Das französische Inhaberpapier, 1879; Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, 1880; Die Wertpapiere (bei Endemann: Handbuch des Handelsrechts, Bd. II, 1882, S. 140ff.). — Freundt: Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht, 1910. — Partsch: Zeitschr. f. Handelsrecht 70 (1912), S. 437. — H. Meyer: Das Akzept, 1918. — Schmied: Zur Überlieferung der schwäbischen und elsäßischen Privaturkunde, Festgaben für Nabholz, 1944. — Aus der Literatur der Urkundenlehre insbesondere die Werke von Bresslau (Bd. II, 2. Aufl., 1915), Redlich (1911), Heuberger (1921).

II. Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

§ 79.

I. Haftung für eigene unerlaubte Handlung.

1. Begriff und Umfang der unerlaubten Handlung.

a) Begriff. Unerlaubte Handlung war nach älterem deutschem Recht jede widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechts. Dieser Begriff war mit dem strafrechtlichen Begriff der Missetat identisch. Auch die an den Verletzten zu zahlende Buße war Strafe. Erst mit der Ausbildung der öffentlichen Strafen im Mittelalter wurden die Ansprüche des Verletzten von der Strafe getrennt und zu privatrechtlichen Ersatzansprüchen ausgestaltet. Abgeschlossen wurde diese Entwicklung durch die Aufnahme der vom römischen Recht ausgebildeten privatrechtlichen Deliktsobligation, die sich im gemeinen Recht der letzten Reste ihrer strafrechtlichen Herkunft entledigte. So stellten die Kodifikationen den privatrechtlichen Begriff der unerlaubten Handlung auf (ALR. 1295, CC.), den das geltende Recht angenommen hat (BGB. 823ff., OR. 41ff.).

Die privatrechtlich unerlaubte Handlung kann natürlich zugleich eine strafbare Handlung sein (Diebstahl).

b) Umfang. Im älteren deutschen Recht bedurften die einzelnen Tatbestände, die sich als widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechts darstellten, der besonderen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Festlegung. Das änderte sich im Mittelalter seit der Ausbildung eines nur privatrechtlichen Unrechts; jeder widerrechtliche Eingriff in fremdes Recht zog eine Ersatzpflicht nach sich. Dieser einheitliche Begriff der privatrechtlich unerlaubten Handlungen fehlte dem römischen Recht. Es anerkannte (von dolos verursachten Schäden abgesehen) nur festumschriebene Tatbestände privatrechtlicher Delikte. Dagegen stellten die Kodifikationen den einheitlichen Begriff der unerlaubten Handlung wieder her (ALR., CC., ABGB. 1295, so auch OR. 41). Auch das BGB. geht von diesem Begriff aus, löst ihn aber wieder in vier Unterbegriffe auf (Verletzung von Rechten, 823 Abs. 1, 824, 825, von Gesetzesvorschriften 823 Abs. 2, der guten Sitte 826, von Amtspflichten 839). Ausgeschieden hat das neuere Recht die Verletzung von Forderungsrechten, die selbständig und erschöpfend geregelt sind.

In England hat sich seit dem 13. Jahrhundert der Begriff der unerlaubten Handlungen (torts) aus einer großen Zahl selbständiger Deliktsklagen entwickelt. Verlangt wird grundsätzlich Verletzung eines Rechts oder eines Rechtsgutes (injury) und Schadenszufügung (damages). Vertragsbruch und Vertragsklage sind heute in Gegensatz zu den torts gestellt.

2. Zurechnung. Nach älterem deutschem Recht genügte, um die Verantwortung für eine unerlaubte Handlung herbeizuführen, die Verursachung des Schadens (Verursachungsprinzip). Den Täter traf die Erfolgshaftung, ein Verschulden brauchte nicht vorzuliegen, bloßer Zufall konnte genügen, wenn er einen Gefährdungszustand verursacht hatte und die Umstände des Falles einen Kausalzusammenhang zwischen Tat und tätlichem Erfolg erkennen ließen. Der Gegensatz zur strafbaren Handlung trat damit schroff hervor, denn die strafrechtliche Verantwortlichkeit konnte nur der böswilligen Übeltat folgen.

So machte das deutsche Recht Unzurechnungsfähige mit ihrem Vermögen für eine Tat schadensersatzpflichtig, obwohl sie straflos blieben.

Nach römischem Recht traf auch die privatrechtliche Verantwortung nur den, der die widerrechtliche Schadenszufügung schuldhaft verursacht hatte (Verschuldensprinzip). Hiervon gehen die neueren Gesetzbücher (ALR., CC., ABGB.) und das geltende Recht aus (BGB. 823, OR. 41). Daneben aber kennt das moderne Recht zahlreiche Fälle der Haftung ohne Verschulden; hier führt deutscher Rechtsanschauung gemäß die Verursachung allein die Verantwortlichkeit herbei. So ist auch im BGB. die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Unzurechnungsfähigen durchgeführt (BGB. 829, vgl. OR. 54 Abs. I). Vor allem sind es aber die Fälle der sog. Gefährdungshaftung: der Unternehmer eines andere gefährdenden Betriebs trägt die Betriebsgefahr. Ihm kommen die Vorteile des Betriebes zu, daher trifft ihn auch das Risiko, und dieses ist gesteigert wegen der erhöhten Gefährdung Dritter. So haftete schon im Mittelalter der Bergwerkseigentümer für Schäden, die der Betrieb des Bergwerks dem Grundeigentum

verursachte. Im geltenden Recht trifft daher die erhöhte Haftung den Unternehmer einer Eisenbahn (Reichsgesetz vom 7. 6. 1871 § 1, sog. Haftpflichtgesetz), den Halter eines Kraftfahrzeuges (Reichsgesetz vom 3. 5. 1909 § 7, Fassung vom 21. 7. 1923, sowie vom 5. und 6. 2. 1924) oder eines Luftzeuges (Reichsgesetz vom 1. 8. 1922 § 19); die Ausdehnung dieser Haftung auf bestimmte andere Fälle ist der Landesgesetzgebung gestattet (EG. 106).

Das ältere englische Recht ging vom Verursachungsprinzip aus. Heute wird grundsätzlich Verschulden (negligence) gefordert. Doch hat die Praxis eine große Anzahl von Fällen entwickelt, in denen Haftung ohne Verschulden eintritt. Das gleiche gilt in Frankreich (théorie du risque).

3. Rechtsfolge der unerlaubten Handlung war im älteren Recht, von öffentlichen Strafen abgesehen, die Verpflichtung, Wergeld oder Buße zu zahlen. Sie dienten der Ablösung der Fehderache, waren Strafmittel, verfielen daher immer in gleicher typischer Höhe, ohne Rücksicht auf den tatsächlich entstandenen Schaden. Nur nach Ständen war das Wergeld, der höheren sozialen Wertung des Freien und Adligen entsprechend, verschieden bemessen. Tatsächlich glich aber die Wergeld- und Bußzahlung den entstandenen Schaden aus, und diese Schadensausgleichung wurde allmählich zum beherrschenden Zweck. Das galt besonders vom Wergeld, z. T. auch von der Buße. Regelmäßig aber wandelte sich die Buße zur reinen Privatstrafe, indem neben sie ein Schadenersatzanspruch trat. Ein gleicher Anspruch wurde dem Verletzten auch neben der immer stärker vordringenden öffentlichen Strafe gewährt. Im allgemeinen war schon im Spätmittelalter das deutsche Bußensystem im Absterben, und diese Entwicklung setzte sich in der Neuzeit fort mit der Richtung, den Verletzten auf Schadenersatz zu beschränken. So konnten sich auch die in das gemeine Recht übernommenen römischen Privatstrafen nicht halten. Nur vereinzelt erhielten sich Reste des Bußensystems, so die Sachsenbuße wegen Freiheitsberaubung, insbesondere aber das Schmerzensgeld für den Fall der Körperverletzung. Auch das geltende Recht gewährt dem Verletzten nur einen Schadenersatzanspruch. Es geht aber über den Ersatz des materiellen Schadens hinaus. So wird dem Verletzten insbesondere bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten eine Buße (Strafgesetzbuch 188, 231, Lit. UG. 40, Kunst. UG. 35, Pat.G. 37 usw.) oder ein Schmerzensgeld (ABGB. 1325, BGB. 847) gewährt. Beide Rechtsfolgen haben aber den Charakter als Privatstrafe abgestreift und stellen nur noch einen Ausgleich des dem Verletzten zugefügten immateriellen Schadens dar.

In England wird Schadenersatz gewährt wegen materiellen Schadens, aber auch wegen tort moral (besonders Ehrverletzung). Eigenartig ist, daß torts ohne Schaden anerkannt sind, z. B. bei Eigentumsstörung; hier wird auf nominal damages, z. B. 1 s geklagt.

II. Haftung für andere Personen.

1. Das ältere deutsche Recht anerkannte in beträchtlichem Umfange eine Haftung für unerlaubte Handlungen anderer

Personen. Sie trat kraft personenrechtlicher Verbundenheit des Täters und des Haftenden ein. So haftete der Genosse einer Sippe für die Verbrechen der anderen Sippegenossen, der Hausherr für die Verbrechen der Angehörigen seines hausherrschaftlichen Verbandes, der Hauskinder, der Ehefrau, der hörigen und freien Diener, des im Hause weilenden Gastes. Dieser Haftung wurde später die Haftung des Hausherrn für sein unfreies Gesinde gleichgestellt. Das Mittelalter hat den Gedanken der Haftung des Hausherrn ausgedehnt zu einer Haftung des Geschäftsherrn für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Vertragspflicht bedient, wie etwa des Handwerkers für seine Gesellen.

Im älteren Recht war die Haftung auch darin begründet, daß jedes Hausen und Hofen eines der Fehderache oder der Friedlosigkeit ausgesetzten Verbrechers als Begünstigung mit der Strafe des begangenen Verbrechens bedroht war. Die Sippegenossen konnten sich aber durch Auslieferung des Schuldigen von der Haftung befreien. Ähnliche Wirkung wurde der Auslieferung eines schuldigen Knechts oder freien Gesindes, auch eines Hauskindes zugesprochen.

2. Nach römischer Anschauung kam, von gewissen Ausnahmen abgesehen, eine Haftung für andere Personen nur bei eigenem schuldhaftem Handeln in Betracht. Das wurde gemeines Recht. Die weitergehenden deutschrechtlichen Sätze blieben zunächst nur in den Gesindeordnungen erhalten, die eine Haftung des Hausherrn anerkannten. Während der CC. die Haftung für andere wieder aufnahm, erscheint sie im geltenden deutschen Recht nur als Ausnahme. Das BGB. lehnt die Haftung des Hausherrn für Hausangehörige ab (anders ZGB. 333) und ersetzt sie nur durch die Haftung des Aufsichtspflichtigen für eine aufsichtsbedürftige Person (832). Wie hier, verlangt das geltende Recht auch für die Haftung des Geschäftsherrn für widerrechtliche Schadenszufügungen durch seine Leute ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn, verschärft aber die Haftung durch Umkehrung der Beweislast (BGB. 831, OR. 55). Doch läßt das geltende Recht in Einzelfällen eine von eigenem Verschulden des Geschäftsherrn unabhängige Haftung eintreten, so die des Reeders (Schiffseigners) für Personen der Schiffsbesatzung (HGB. 485), des Frachtführers für seine Leute (HGB. 431). Vgl. auch Reichshaftpflichtgesetz §§ 1 und 2, Kraftfahrzeuggesetz § 7, Luftverkehrsgesetz § 19. Besteht ein rechtsgeschäftliches Band, so haftet der Schuldner für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfange wie für eigenes Verschulden, BGB. 278, vgl. auch ABGB. § 1313a (Nov. 1916).

In England haftet der Ehemann noch heute für torts der Ehefrau.

III. Haftung für Tiere und Sachen.

1. Im älteren Recht erscheint das einen Schaden verursachende Tier als Missetäter und daher für widerrechtliche Schadenszufügung selbst haftbar. Der Verletzte kann an dem auf der Tat betroffenen Tiere selbst Rache nehmen. Ist aber das Tier nach der Tat wieder in das Haus seines Herrn zurückgekehrt, so ist

dieser aus zwei Gründen für die Tat verhaftet; einmal als Herr des Tieres und sodann aus dem Gedanken der Begünstigung eines der Fehderache ausgesetzten Täters. Er muß daher für die Tat des Tieres wie für die eigene Missetat aufkommen; doch wird sie ihm nur als absichtslose Missetat zugerechnet. Will er nicht für die Tat haften, so muß er das Tier aus seiner Gewere entlassen. Aber auch dann bleibt er meist zu einem Teil verhaftet; überdies fällt die befreiende Wirkung der Preisgabe fort, wenn er das Tier in Kenntnis seiner Tat aufnahm. Im späteren Recht wird das Tier an den Verletzten zum Zwecke des Schadenersatzes ausgeliefert. Aus eigenem Verschulden haftete der Tierhalter, wenn der Schaden durch ein bösartiges Haustier oder ein wildes Tier verursacht worden war.

Das römische Recht kannte in seiner actio de pauperie eine dem deutschen Recht verwandte Haftung des Eigentümers für sein schadenstiftendes Tier, ohne eigenes Verschulden des Eigentümers zu fordern; die Klage ging auf Schadenersatz oder Herausgabe des Tieres (noxae datio). So blieb der alte deutschrechtliche Standpunkt in manchen Rechten bis zur Gegenwart erhalten (gemeines Sachsenrecht, CC., sächs. BGB.). Dagegen beschränkten das ALR. und das ABGB. die Haftung auf den Verschuldensfall. Das BGB. anerkennt die Haftung des Tierhalters schlechthin (833); eine Novelle vom 23. 5. 1908 gestattet dem Tierhalter aber wieder, sich durch den Beweis mangelnden Verschuldens zu befreien (so auch ABGB. 1320, 3. Teilnovelle, OR. 56).

2. Die gleichen Regeln wie für Tiere galten im älteren Recht auch für leblose Sachen (Waffen, Fallen usw., vgl. 269). Die alte Verursachungshaftung wurde nach der Rezeption durch das Verschuldensprinzip verdrängt. Das BGB. stellt für den Fall des Gebäudeeinsturzes (836) eine Gefährdungshaftung auf, gestattet aber den Beweis mangelnden Verschuldens. Vgl. OR. 58.

Schrifttum: A. B. Schmidt: Die Grundsätze über den Schadenersatz in den Volksrechten, 1885. — O. Hammer: Die Lehre von dem Schadenersatz nach dem Sachsenspiegel, 1885. — Brunner: BSB. 1890, S. 815. — Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1912. — Ludewig: Beiträge zur Geschichte der unerlaubten Handlungen im älteren deutschen Recht I, 1925. — Wilda: Das Strafrecht der Germanen, 1842. — His: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters I, 1920, II, 1935; Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina, 1928.

Familienrecht.

§ 80. Grundlagen des Familienrechts.

I. Das ältere Recht. Das Familienrecht der germanischen Zeit baut sich auf dem Gedanken der Sippe, der Magschaft und der Hausgemeinschaft auf.

1. Die Sippe (ahd. sibba) ist in erster Linie von öffentlichrechtlicher Bedeutung: der Staats- und Heeresverband besteht aus den freien Sippen, am Wirtschafts- und Rechtsleben nimmt der einzelne nur als Sippenmitglied teil. Die Sippe umfaßt alle von einem gemeinsamen Stammvater erzeugten Männer und Frauen nach dem Prinzip der Agnation. Dazu gehören für den Mann alle in einer rechten Ehe geborenen und von ihm als Vater in das Haus aufgenommenen Kinder, für die Frau auch ihre uneheliche Nachkommenschaft. Aber auch nicht blutsverwandte Freie können durch einen Rechtsakt (Geschlechtsleite) in die Sippe aufgenommen werden. Andererseits ist eine Lossagung von der Sippe durch Austritt (Entsippung) möglich, wie auch die Sippe selbst ihre Mitglieder durch Ausschluß aus ihrem Kreise bestrafen kann.

Von beschränkterer Wirkung als die Geschlechtsleite ist die Blutsbrüderschaft. In der Rechtsform der Blutvermischung wird ein Rechtsverhältnis wie unter leiblichen Brüdern begründet. Es besteht dann die Pflicht zur Blutrache, zum Totenkult und zur gegenseitigen Unterstützung.

Mutterrecht im Sinne ausschließlicher Zurechnung der Kinder zur Mutter und zur mütterlichen Verwandtschaft ist den Germanen unbekannt. Doch gehören die Kinder mit der Geburt der mütterlichen Verwandtschaft an, während zur Aufnahme in die Vatersippe die Aufnahme in das Haus des Vaters notwendig ist (vgl. unten 2 u. 3).

2. Die Magschaft (lat. parentela) umfaßt, über den Kreis der Sippe hinaus, auch die Blutsverwandten, die von der Mutterseite herrühren; die Deszendenten der Ausgangsperson werden dabei nicht mitgerechnet. Im Gegensatze zur Sippe ist ihr Kreis nur für Vollgeschwister der gleiche (sog. wechselnde Sippe). Sie scheidet sich naturgemäß in die beiden Gruppen der Vatermagen und Muttermagen (generatio patris und matris), die an Empfang und Entrichtung eines Teils des Wergeldes, der Magsühne, je zur Hälfte beteiligt sind. In Norddeutschland, wo den Männern der Vatersippe eine hervorragende Stellung im Liegenschafts- und Vormundschaftsrecht zukommt, werden diese als Schwertmagen (Speermagen, lancea) den weiblichen Verwandten und den Männern des Weiberstammes gegenübergestellt, die man unter der Bezeichnung Spindelmagen (Spillmagen, Kunkelmagen, fusus) zusammenfaßt.

Zwischen den beiden zur Magschaft zusammengeschlossenen Sippen besteht freilich keine Verwandtschaft, sondern nur eine Schwägerschaft, ein durch das Eheschließungsfest begründetes Friedens- und Freundschaftsband.

3. Das Haus beruht nicht auf dem Gedanken des Blutbandes, sondern dem der munt des Hausherrn. Der Hausherr (ahd. fro) übt die munt (ahd. munt, latinisiert mundium, zu lat. manus) als personenrechtliche Gewalt über alle in der Gemeinschaft des Hauses Verbundenen (ahd. hiwiski, lat. familia): die Ehefrau, die Kinder, ledige und verwitwete Schwestern, das Gesinde. Die Frau kommt durch die Heirat unter die ehemännliche, die Kinder kommen durch die Aufnahme des Vaters unter die väterliche Munt. Während aber die Kinder durch die Aufnahme auch in den Verwandtenkreis des Vaters aufgenommen werden, bleibt die Frau ausschließlich Mitglied ihrer eigenen Sippe und tritt auch zum Manne selbst in keinerlei Verwandtschaftsverhältnis. Die Munt ist ihrem Wesen nach volle Herrschaftsgewalt, doch nicht sachenrechtlicher Art. Eigentum hat der Hausherr nur an unfreiem Gesinde. Ehefrau und Kinder bleiben auch in der Hand des Hausherrn freie Personen, Genossen ihrer Sippe, die sie zur Not gegen Willkürhandlungen des Hausherrn zu schützen berechtigt und verpflichtet ist. Hier findet die Gewalt des Hausherrn ihre Schranke, und so wird schon in den ältesten Quellen der Charakter der Munt als Schutzherrschaft betont. Der Muntherr hat den Muntunterworfenen nach außen zu vertreten, besonders auch seine Prozesse zu führen und für seine Delikte zu haften. Auch das im Hause vereinigte Vermögen steht zwar unter der Gewalt des Hausherrn, der es nutzt und verwaltet, aber verfügen kann er über das Gut seiner Gewaltunterworfenen nur mit deren Zustimmung, und selbst an Verfügungen über das eigene Gut ist er durch die Anwartschaftrechte der nächsten Erben gehindert.

4. Für die Berechnung der Verwandtschaft ist in erster Linie der Kreis des Hauses maßgebend. Zu ihm gehören (unter Ausschluß der Ehefrau als solcher) die Kinder des Hausherrn, aber auch Vater und Mutter, Bruder und Schwester, d. h. alle, die einer Hausgemeinschaft zugehört haben (Großfamilie). Das ist der engere Kreis, die sechs gesipptesten Hände, der Busen (fathum), der noch nicht zur Magschaft gerechnet wird. Die Geschwister gehen also den Enkeln vor. Den weiteren Kreis bildet die Magschaft im engeren Sinne. Für die Berechnung der Verwandtschaft in diesem Kreise geben uns die älteren Quellen nur wenige Anhaltspunkte. Genannt werden von den Volksrechten der Vater- und Mutterbruder sowie die Vater- und Mutterschwester, vom Sachsenspiegel die Geschwisterkinder (Neffen und Nichten). Da nun aber nach der Anweisung der Volksrechte immer der nächste aus der Verwandtschaft berufen sein soll, wird man den Onkeln und Tanten, den Neffen und Nichten, wenn man den engeren Kreis in den weiteren fortsetzt, die Enkel und die Großeltern gleichstellen müssen. Anderwärts wird uns dementsprechend für die erste Magschaft die Reihe: Enkel, Großeltern, Geschwisterkinder, Elternge-

schwister bezeugt. Das ist der zweite Kreis (die erste Magschaft). Den dritten Kreis (die zweite Magschaft) bildeten sodann die Urenkel, die Urgroßeltern, Großonkel und Großtanten, Vettern und Basen, Großneffen und Großnichten. Und so fort bis zum siebenten Kreis (der sechsten Magschaft), wo die Verwandtschaft, soweit sie Rechte und Pflichten zu begründen vermag, endet. Dieses System der konzentrischen Kreise **(Zählung nach Magschaften.** Abbild. 1) ist noch im Mittelalter für das sächsische und friesische Rechtsgebiet bezeugt, es findet sich auch in nordgermanischen Rechten, also in Rechten, die die älteren Zustände am konservativsten bewahrt haben.

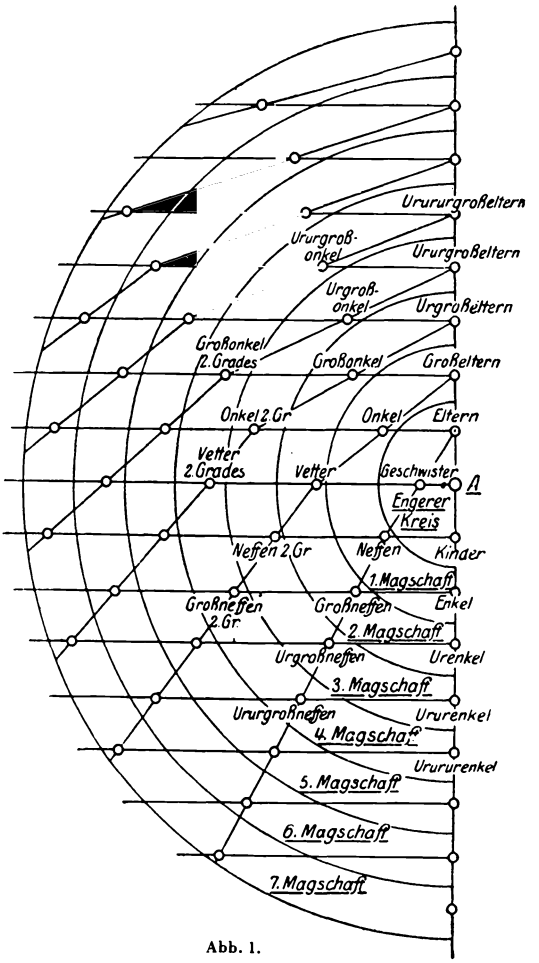

Abb. 1.

Dabei zählt man im einzelnen Falle nach Knien (genuculum) oder Gliedern (mhd. led.). Man macht sich die Verwandtschaft am Körper des Menschen klar. In Kopf und Hals stellt man den engeren Kreis, an das Schultergelenk die erste Magschaft, an das Ellenbogengelenk die zweite, an das Handgelenk die dritte, an das erste bis dritte Glied des Mittelfingers die vierte bis sechste Magschaft; die im Nagel stehenden Magen (Nagelmagen) sind nicht mehr verwandt. Die Nähe der Verwandtschaft wird durch Feststellung des Gliedes, an dem jemand im Verhältnis zur Ausgangsperson seinen Platz hat, berechnet.

Mißverständlich spricht man von zurückbleibender Zählung, insofern die Zählung erst bei der ersten Magschaft beginnt. Aber die Angehörigen des engeren Kreises sind eben noch keine Magen im Rechtssinne.

Schon das germanische Altertum scheint weiter ein System von Altersklassen gekannt zu haben, das sog. Vetterschaftssystem. Geschwisterkinder, Andergeschwisterkinder, Drittgeschwisterkinder folgen sich als erste, zweite, dritte Vettern (flam. rechtszweers, anderzweers,

derdezweers usw.). Hier werden nur Gleichaltrige zusammengefaßt, was sich für Fehde- und Eideshilfe empfiehlt. Die Nähe der Verwandtschaft wird bei diesem System nicht in Betracht gezogen, es kann daher für Erbrecht und Vormundschaft nicht maßgebend sein.

II. Das Mittelalter zeigt eine völlig veränderte Familienverfassung. Sippe und Magschaft haben ihre alte Bedeutung verloren, die Hausgemeinschaft alten Stils ist im Verschwinden begriffen. An ihre Stelle tritt die auf der ehelichen Gemeinschaft ruhende Einzelfamilie. Der Grund dafür liegt für Deutschland hauptsächlich in der ungeheueren Umschichtung der Bevölkerung, die die innere und äußere Kolonisation sowie die Städtegründungen vom 11. bis zum 13. Jahrhundert nach sich zogen. Da wurden die alten Sippenverbände auseinandergerissen, und die neu sich bildenden Verwandtschaftsgruppen gingen nun von einer neuen Grundlage, der ehelichen Gemeinschaft, aus.

1. Die alten Geschlechtsverbände haben für den mittelalterlichen Staat keinerlei politische Bedeutung mehr. Nur die führenden Schichten des Volkes, der hohe Adel, zum Teil auch die Patrizierschaft der Städte, haben der alten agnatischen Sippe eine in erster Linie wirtschaftliche und soziale Bedeutung zu wahren vermocht, die sich aber auch in Fehde, Vormundschaft, Erbrecht usw. auswirkt. Nur in peripherisch gelegenen Gebieten, in Nord- und Ostfriesland und der Schweiz, hat der alte Geschlechtsverband auf dem Lande sogar das Mittelalter überdauert: Eideshilfe und Blutrache fassen hier die Geschlechter noch bis in die Neuzeit zusammen. Im übrigen ist auf dem Lande und besonders in den Städten die alte Sippenverfassung in voller Auflösung begriffen, Eideshilfe und Fehde beginnen an Bedeutung zu verlieren. So ist es am Ausgange des Mittelalters im wesentlichen nur noch Vormundschaft, Erbrecht, Unterstützungspflicht, was die Verwandtschaft zusammenbindet.

2. Auch das Haus hat einen anderen Aufbau erhalten. Je stärker Sippe und Magschaft zurücktreten, um so kräftiger tritt die Bedeutung des Hauses hervor. Und im Hause selbst ist nicht mehr allein die Herrschaftsgewalt des Mannes entscheidend. Seinen Mittelpunkt bildet vielmehr die eheliche Genossenschaft von Mann und Frau. Das Ehegut, nicht mehr das Familiengut, bildet den Kern des Hausvermögens. Die Anwartschaftsrechte verblassen zu Näherrechten und verschwinden vielfach ganz, der Hausherr verfügt über das Ehegut als Oberhaupt der ehelichen Gemeinschaft. Die Frau hat infolge der Auflösung der Sippenverfassung keinen stärkeren Rückhalt mehr an ihrer Sippe; sie tritt endgültig und vorbehaltlos in das Haus des Mannes ein, in dem ihr als Herrin des Hauses die zweite Stelle neben dem Manne gebührt. Die eheliche Gemeinschaft wird zum ausschließlichen Faktor der Verwandtschaftsbildung. Die Kinder werden infolge ihrer ehelichen Abstammung Verwandte des Vaters und der Mutter, auch zwischen den Ehegatten selbst bahnt sich ein verwandtschaftliches Verhältnis an, das am Ausgange des Mittelalters sogar ein Ehegattenerbrecht begründet. Auch das Verwandtenerbrecht löst sich aus den Ideen der alten Hausgemeinschaft:

das Erbrecht der Deszendenten als der nächsten Zugehörigen des Hauses neuen Stils, das auf der ehelichen Gemeinschaft aufbaut, tritt siegreich in die erste Linie ein.

3. Die Berechnung der Verwandtschaft muß unter diesen Umständen sich grundsätzlich wandeln. Der engere, der alten Hausgemeinschaft entsprechende Kreis ist nicht mehr der Ausgangspunkt. Entscheidend ist vielmehr die Einzelfamilie: Vater, Mutter, Kinder. Verwandt sind in erster Linie die Deszendenten eines Stammelternpaares. Die Enkel und Urenkel treten jetzt vor die Eltern und Geschwister. Die Begünstigung der Seitenverwandten, der Geschwister und Onkel, die sich aus der alten Magschaftsverfassung ergab, verschwindet. An die Stelle der Zählung nach Magschaften tritt die **Zählung nach Familienschaften** (Abb. 2). Dieses mißverständlich so genannte Parentelensystem (parentela = Verwandtschaft!), das die ältere Literatur schon in den Volksrechten zu finden glaubte, hat sich in Deutschland im wesentlichen seit dem 13. Jahrhundert immer stärker durchgesetzt, es beherrscht das Lehnrecht. In der ersten Parentel stehen die Deszendenten der Ausgangsperson, in der zweiten ihre Eltern und deren Deszendenten, in der dritten ihre Großeltern und deren Deszendenten usw. Freilich ist das System nicht überall gleichmäßig durchgeführt worden. Eine Übersteigerung der seiner Entwicklung zugrunde liegenden Gedanken liegt in dem Dreiliniensystem, der Scheidung der Verwandten in die drei Gruppen der Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten, oder gar in dem System, das die Deszendenten überhaupt allen übrigen Verwandten gegenüberstellt.

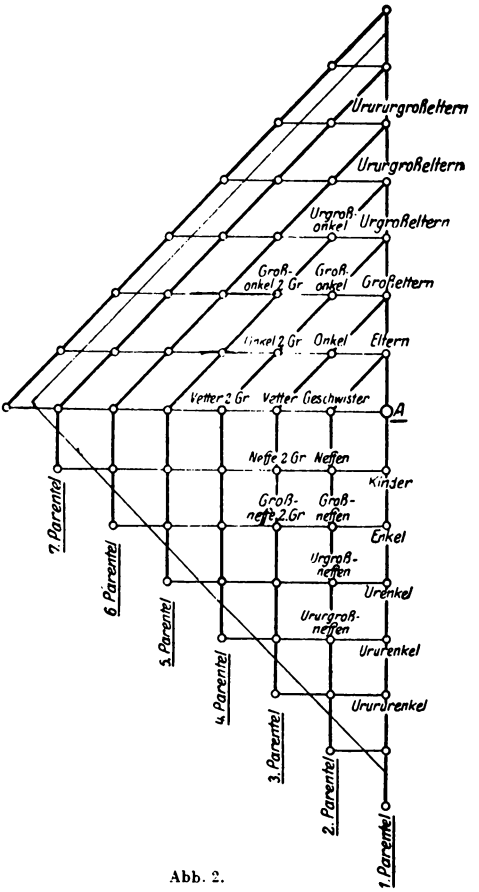

Abb. 2.

Aus der Zählung nach Familienschaften erklärt sich auch die Einteilung der Aszendenten und Seitenverwandten in Viertel (vierendeele, Klüfte) und Achtel (achtendeele, fänge). Die Viertel sind die Abkommen der vier Urgroßelternpaare, die Achtel die der acht Urgroßelternpaare. Von Bedeutung war diese Teilung in friesischen Rechten im Vormundschaftsrecht, Erbrecht und bei der Totschlagsklage.

Die Berechnung der Verwandtschaft im einzelnen Falle erfolgt nun nach Parentelen und innerhalb der einzelnen Parentel nach Graden (Linealgradualordnung). Die eigene Nachkommenschaft steht der Ausgangsperson näher als die Eltern und deren Nachkommen, diese wieder sind näher verwandt als die Großeltern und deren Nachkommen usw. Der Nächstverwandte innerhalb der einzelnen Parentel ist, wer dem gemeinsamen Stammelternpaar am nächsten steht. Dabei rechnet man nach Doppelknien, indem man die Entfernung beider Teile vom gemeinsamen Stammelternpaar nur einmal angibt, so daß also Geschwister im ersten, Geschwisterkinder im zweiten, Geschwisterkindeskinder im dritten Grad verwandt sind. Nur wenn die Entfernung für beide Teile ungleich ist, macht sich eine doppelte Angabe nötig: die Verwandtschaft mit dem Onkel ist eine im ersten und zweiten Grade (284). Diese Zählung zeigt, daß man nicht von der Einzelperson, sondern von den Familienschaften ausgeht, als deren Angehöriger der einzelne seinen Rang in der Verwandtschaft zu erhalten hat.

Schrifttum: 1. Zur Familienverfassung a) der Germanen: Wackernagel: Schreibers Taschenbuch 5 (1846), S. 259 ff. — Weinhold (oben zu § 16, III). — Waitz: SB. Berl. 1886, S. 375. — Roeder: Die Familie bei den Angelsachsen, 1899. — Bartsch: Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter, 1903. — Boden: Mutterrecht und Ehe im altnordischen Recht, 1905. — Marianne Weber (oben zu § 16, III). — Konrad Maurer: Vorlesungen 2 (1908), S. 471. — E. Mayer: ZRG. G. 32, 1911, S. 40; 44, 1924, S. 30. — Rietschel bei Hoops II, S. 10, 224; III, S. 289, 426. — Schulz: Die german. Familie in der Vorzeit, 1925. — b) der Indogermanen: Bernhöft: Z. vgl. RW. 2 (1880), S. 253; 8 (1889), S. 1, 191; 9 (1891), S. 392. — Leist: Gräcoitalische Rechtsgeschichte, 1884; Altarisches ius gentium, 1889; Altarisches ius civile, 2 Bde., 1892, 1896. — Delbrück: Preußische Jahrb. 79 (1895), S. 14. — Hirt: Die Indogermanen, 2 Bde., 1905, 1907. — Schrader: Sprachvergleichung und Urgeschichte, 3. Aufl., 1907; Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde, 2. Aufl., 1917 ff. — Hermann: Gött. Nachr., 1918, S. 204. — Vinogradoff: Outlines of historical jurisprudence, 2 Bde., 1920/1922. — Koschaker: Fratriarchat, Hausgemeinschaft und Mutterrecht in Keilschriftrechten, Zeitschrift für Assyriologie, Neue Folge Band 7. — Trier: Vater, ZRG. G. 65, 1945. — c) Rechtsvergleichendes: Dargun: Mutterrecht und Raubehe, 1883 (Gierkes Unters. 16); Mutterrecht und Vaterrecht, 1892. — Kohler: Z. f. vgl. RW. 3, S. 342; 5, S. 334; 6, S. 321; 7, S. 201; 12, S. 87. — Grosse: Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft, 1893. — Howard: History of matrimonial institutions, 1904. — Thurnwald: Z. f. vergl. RW. 38 (1920), S. 362; 39 (1921), S. 68; Sitte und Recht in Nordafrika, 1923. — Gutmann: Das Recht der Dschagga, 1926. — 2. Zur Magschafts- und Parentelenordnung: Siegel: Die germanische Verwandtschaftsberechnung, 1853. — Wasserschleben: Das Prinzip der Sukzessionsordnung, 1860. — Homeyer: Die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung, 1860. — Stobbe: Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, 1865, S. 37. — Brunner: Das anglonormannische Erbfolgesystem, 1869. — Von Amira: Erbfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den altniederdeutschen Rechten, 1874. — Kohler: Zur Lehre von der Parentelenordnung, 1875. — Rosin: Der Begriff der Schwertmagen, 1877. — Brunner: ZRG. G. 3, 1882, S. 1. — Schanz: Das Erbfolgeprinzip des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts, 1883. — Pappenheim: Forschungen zur deutschen

Geschichte 23 (1883), S. 616. — Stutz: Das Verwandtschaftsbild des Sachsenspiegels, 1890 (Gierkes Unters. 34). — Seelig: Die Erbfolgeordnung des Schwabenspiegels, 1890. — Ficker: Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechte, 1891/1904. — Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts, 1896. — Vinogradoff: VSWG. 7, 1898, S. 1. — Rosin: Grünh. Z. 28 (1901), S. 341. — Fritz: ZRG. G. 36, 1915, S. 138. — Meijers: Tijdschrift 6 (1925), S. 1.

III. Die neuere Zeit hat diese Grundlagen nicht wesentlich mehr verändert.

1. Die Bedeutung der agnatischen und kognatischen Sippe ist, außer im Adelsrechte, auf gewisse Rechte und Pflichten, wie Vormundschaft und Erbrecht, beschränkt. Die Schwägerschaft verbindet nicht mehr die Sippen, sondern nur noch den Ehegatten mit den Verwandten des andern (so auch ABGB. 40, BGB. 1590). An die Stelle des auf der Muntgewalt des Hausherrn aufbauenden Hauses ist die Familie getreten, in der die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten, der Eltern und Kinder ihre individuell abgestufte Ausgestaltung erfahren haben. Der Begriff der Familie wird auf die weiteren Verwandten ausgedehnt, die durch Erbrecht, Vormundschafts- und Unterstützungspflicht miteinander verbunden sind (ALR.). Auch das BGB. hat diesen Begriff im Familienrat (1858ff.) übernommen. Im übrigen geht es von dem Begriff der Familie im engeren Sinne aus, deren Gestaltung durch das Ehe- und Kindschaftsrecht bestimmt ist. Der Verwandtschaft im weiteren Sinne (1589) bleibt für Erbrecht und Unterhaltspflicht ihre Bedeutung; beide kommen nur für Verwandte in gerader Linie in Betracht (1601ff., ABGB. 40). Dagegen hat das ZGB. die Unterhaltspflicht auf Geschwister ausgedehnt (328) und Vermögensgemeinschaften der Familie in Form der Familienstiftung oder der Gemeinderschaft zugelassen (335, 336ff.). Dem Familienhaupte kommt in der Art des älteren deutschen Rechts die Hausgewalt über alle im gemeinsamen Haushalt vereinigten Personen zu, für die es auch in gewissen Fällen zu haften hat (ZGB. 331ff.).

2. Die Berechnung der Verwandtschaft erfolgt in neuerer Zeit nach der Parentelenordnung. Verdrängt aber wurde die Zählung nach Doppelknien, die auch in das kanonische Recht übernommen worden war. Nicht mehr von den Familienschaften, sondern von der Einzelperson geht man aus. Die Parentelenordnung ist nur noch ein Schema, um den Abstand zweier Einzelpersonen voneinander zu ermitteln. So zählt man jetzt nach der Art des römischen Rechts die Zahl der Zeugungen, die zwischen zwei Personen liegen, über den gemeinsamen Stammvater hinweg, ABGB. 41. Geschwister sind danach jetzt im zweiten, nicht mehr im ersten Grade verwandt, Geschwisterkinder und Vettern im vierten (bisher im zweiten).

Weiter wird die Verwandtschaft in Linien gruppiert. Man scheidet die Verwandten der geraden Linie von denen der Seitenlinie, und innerhalb dieser Linien wieder die Verwandten der auf-

steigenden und absteigenden Linie (ABGB. 42), weiter die männliche und weibliche Linie, die väterliche und mütterliche Seite usw.

Erster Teil.

Das Eherecht.

I. Abschnitt.

Persönliches Eherecht.

§ 81. Die Eheschließung.

I. Das ältere deutsche Recht. Die Germanen lebten in monogamischer Ehe, nur beim Adel kam Vielehe vor. Die Ehe war eine volle und dauernde Lebensgemeinschaft und den Germanen heilig, da sich in ihr die Wiedergeburt der Sippe vollzog. Der Ehemann hatte die Munt über seine Frau; eine muntfreie Ehe kam bei den Germanen nicht vor.

1. Die Vertragsehe. Die Eheschließung erfolgte der Regel nach durch Vertrag zwischen den beiden Sippen der zukünftigen Gatten. Die Ehe war Vertragsehe, und zwar sippenrechtliche Ehe. Für die Sippen traten als Handelnde der Bräutigam und der nächste Verwandte, der Muntwalt der Braut, auf. Es war Brauch, aber nicht Rechtserfordernis, die Zustimmung der Braut zur Eheschließung einzuholen. Nach der Werbung fand die Verlobung statt, in der sich der Bräutigam zur Heirat, der Verlober zur Übergabe des Mädchens verpflichtete. Den Gesippen der Braut wurden dabei Gaben überreicht, die das Freundschaftsband zwischen den Sippen festigten (an. vingaef) und weiter als Gegengabe für die Überlassung der jungen Frau dienten (an. ahd. widamo, von veda, heimführen). Bei der nachfolgenden Hochzeit kam es zur Tischgemeinschaft und Schwägerschaft der Sippen. Im Ringe der Verwandten wurden die Gaben geprüft und die Braut dem Bräutigam übergeben (Trauung, ahd. prutigeba). Bewaffnet nahm er sie bei der Hand und setzte sie auf seine Knie; so eignete er sich die Munt über seine Frau an. Darauf fand die Heimführung in das Haus des Bräutigams (der Brautlauf) statt. Die Frau umwandelte den Herd, den Sitz des Sippenahns. Dann beschritten die Gatten in Gegenwart von Zeugen das Ehebett.

In der fränkischen Zeit wurde für die alte Vertragsehe, seitdem die Bedeutung der Hochzeitsgaben unverständlich geworden war, die Eigenschaft als Kaufehe stärker betont (uxorem emere). Die äußeren Formen der Eheschließung behielt man bei, und auch die Kirche verlangte ihre Einhaltung. Eine Ehe war nur dann wirksam, wenn sie öffentlich mit Verlobung und Übergabe der Braut durch die Verwandten eingegangen worden war. Auf gallischem Boden gestalteten antike Rechtsanschauungen die Verlobung

zum Arrhalvertrag. Hier zahlte der Bräutigam dem Muntwalt eine arrha, die bei den Franken einen Schilling und einen Denar betrug. Das Arrhalgeschäft wurde schließlich durch den Wettvertrag ersetzt. Der Bräutigam wadiierte die Zahlung des Wittums, der Muntwalt dabei die Übergabe der Braut und die Muntverschaffung. Dementsprechend gab anfänglich der Bräutigam einen Ring als arrha (subarrhatio cum annulo), während später die Brautleute durch Ringwechsel einen Wettvertrag abschlossen. Auch das Wittum wurde nun nicht mehr dem Muntwalt, sondern nach dem Vorbild der römischen donatio ante nuptias der Braut selbst übergeben. So wurde das Wittum zur dos.

2. Die Entführungsehe. Neben der Vertragsehe war auch eine Entführungsehe anerkannt. Wenn die Zustimmung der Brautsippe zur Eheschließung nicht zu erreichen war, konnte der Mann die Geliebte zu seiner Ehefrau machen, indem er sie mit deren Willen entführte. Im Kreise der Mannessippe, die bereit war, die Frau in ihren Schutz aufzunehmen, übergab ein Mittler die Braut dem Bräutigam, der sich darauf die Munt über sie aneignete. Der Hochzeit folgte die Heimführung in das Haus des Bräutigams. Die Frau verlor die Zugehörigkeit zu ihrer Sippe: der Ehemann mußte an diese eine Buße zahlen. Dagegen blieb der Frauenraub verboten. Soweit er als Kriegszug zwischen zwei Stämmen vorkam, wurde die Frau als Beute Eigentum des Räubers, nicht Ehefrau. Frauenraub innerhalb eines Stammes führte als verbrecherische Gewalttat zur Fehde, doch konnte die Frauensippe mit der Ablösung der Fehde und einer nachträglichen Heirat einverstanden sein.

In der fränkischen Zeit ist die Entführungsehe von Staat und Kirche abgelehnt worden. Die Entführung einer Frau ohne den Willen ihrer Verwandten wurde als Frauenraub behandelt: die Frau mußte zurückgegeben werden, und die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten war ausgeschlossen. Doch hat sich die Entführungsehe als Rechtsgebrauch in der Sitte der Zeit dauernd erhalten, und das kirchliche Verbot des Heiratszwangs gab der weiteren Ausdehnung der Entführungsehe eine rechtliche Grundlage. So entwickelte sich aus ihr die Konsensehe. Diese gab der Frau eine Möglichkeit, ihren Willen bei der Gattenwahl durchzusetzen. Eine Ehe dieser Art wurde vielfach dort geschlossen, wo die Munt des Mannes fehlen sollte, so bei der Einheirat in das Gut des Schwiegervaters, der Heirat einer Erbtochter, oder wenn die Frau höheren Standes war als der Mann. In Adelskreisen kam jetzt eine muntfreie Ehe vor, die man wegen ihrer Auflöslichkeit vorzog (Friedelehe). Der hierbei entwickelte Konsensgedanke wirkte auch auf die Muntehe ein. In der römischen Provinzialbevölkerung war die Frau schon in fränkischer Zeit am Vertrage beteiligt; die Kirche, die den Heiratszwang bekämpfte, forderte, daß der Wille der Braut berücksichtigt würde.

Die aus der Entführungsehe entwickelte weltliche Konsensehe blieb während des ganzen Mittelalters erhalten. Es

wurde üblich, in Gegenwart der Verwandten im Ringe die Eheschließungserklärungen beider Brautleute vor einem Mittler abgeben zu lassen. Diese Form der Vermählung ging auch in die Muntehe über. Die Willensübereinstimmung der Brautleute wurde der Kern des Ehevertrags. Im übrigen hielt man an den alten Formen der Muntehe fest. Das eheliche Beilager war erforderlich zur Erzeugung der ehegüterrechtlichen Wirkungen. Dies Erfordernis entsprach auch der kirchlichen Anschauung, die eine volle Unscheidbarkeit der Ehe erst nach dem Beilager anerkannte.

II. Das kirchliche Eheschließungsrecht.

1. Schon die germanische Zeit verband religiöse Gebräuche mit der Eheschließung. In christlicher Zeit forderte die Kirche die Einsegnung der Ehe durch den Priester; im Mittelalter wurde dann die Trauung, der Gemeindeöffentlichkeit wegen, meist vor der Kirchentür vollzogen, so daß die Einsegnung unmittelbar nachfolgen konnte. Immer blieb hierbei die Eheschließung selbst ein weltliches Geschäft. Bis in das 12. Jahrhundert hinein hat die Kirche die Einhaltung der germanischen Formen der Eheschließung verlangt. Eine Ehe sollte nur dann wirksam werden, wenn sie öffentlich, mit Verlobung und Übergabe der Braut durch die Verwandten, eingegangen wurde. Und doch wurde bereits in der frühchristlichen Kirche der im römischen Recht entwickelte Satz: nuptias consensus faciat vertreten. Aber die Kirche hat ebenso wie die späte Kaiserzeit zunächst die Konsensehe abgelehnt, weil diese dem Gebot unbedingter Ehrfurcht vor den Eltern widersprach. Doch verbot sie den Heiratszwang; so wirkte sie dafür, dem Willen der Frau bei der Eheschließung Geltung zu verschaffen.

2. Im 11. Jahrhundert wandte sich die Kirche vom weltlichen Eheschließungsrecht ab einem eigenen System zu. Der Antrieb dazu kam von der kluniacensischen Reform her, die die Kirche aus den Banden des weltlichen Rechts löste und den Boden bereitete für die Wiederkehr der frühchristlichen Ideen. Bedeutungsvoll war auch die Wiederkehr des römischen Rechts, das gleichzeitig die Glossatoren von Bologna aus den Quellen erschlossen. Auf dieser Grundlage entstand um 1140 das Dekret des Glossators Gratian. Die Rückkehr zum römisch-kirchlichen Recht brachte die volle Anerkennung der Konsensehe. Die Ehe wird begründet durch die Willensübereinstimmung der Brautleute. Diese aber ist von religiöser Bedeutung, da sie die Spendung des Sakraments zwischen den Ehegatten in sich schließt. Tatsächlich folgte also jetzt die Trauung der Eheschließung. Die Trauung stellte nur noch den vollzogenen Eheschluß fest, sie war nicht mehr rechtlich erheblich. Wie bei der weltlichen Vermählung trat häufig der Priester als Mittler für die Eheschließungsfragen der Gatten ein. Bestritten blieb im 12. Jahrhundert die Bedeutung des Beischlafs für die Eheschließung. Weder im römischen noch im germanischen Recht war der Beischlaf für den Eheschluß entscheidend. Aus 1. Mose II,

24 und Matthäus 19, 5, 6 erschloß die kirchliche Lehre die Unscheidbarkeit der konsummierten Ehe. Die nichtvollzogene Ehe erschien noch nicht als Ehe, da erst die körperliche Vereinigung der Gatten die Wirkung der una caro erzeuge, nur in ihr das Sakrament der Ehe gespendet werde. Aber diese Meinung konnte sich nicht voll durchsetzen. Seit dem 12. Jahrhundert stand es fest, daß der formlose Konsens dann zu einer gültigen Ehe führte, wenn der Wille der Parteien auf die gegenwärtige Wirksamkeit der Ehe gerichtet war (sponsalia de praesenti matrimonio). Daneben sollte das Verlöbnis (sponsalia de futuro) zum Eheschluß genügen, wenn der Ehewille durch copula carnalis betätigt worden war. Heimliche Eheschließungen, Bigamie waren die Folge. Das vierte Laterankonzil von 1215 suchte dem zu begegnen. Von neuem wurde der Eheschluß vor Pfarrer und Zeugen gefordert, ein Aufgebot nach französischem Vorbild eingeführt; aber der formlose Konsens behielt seine eheerzeugende Wirkung. Die Laientrauung wurde abgeschafft, freilich ohne vollen Erfolg. Erst das tridentinische Konzil hat 1563 die Ehewirkung für den formlosen Konsens beseitigt: der deutsche Formalismus lebte wieder auf. Nach dem decretum Tametsi kann eine rechtsgültige Ehe nur noch entstehen durch formelle Konsenserklärung vor dem eigenen Pfarrer eines der Verlobten (parochus proprius) und zwei Zeugen. Die Trauung ist damit aufgegeben, auch der Pfarrer ist nur Zeuge, es genügt seine passive Assistenz. Das ist die Grundlage auch des geltenden katholischen Eherechts geblieben. Nur ist seit dem Dekret Ne temere (1907) die aktive Assistenz des Pfarrers nötig, und die Forderung der Zuständigkeit ist zu einer bloßen Sollvorschrift gemildert worden, cod. jur. can. 1094ff. Die Kirche anerkennt die standesamtliche Trauung als gültige Ehe nur für Nichtkatholiken; Ehen von Katholiken und Mischehen unterliegen der kirchlichen Eheschließungsform (1099).

3. Wie das katholische litt auch das evangelische Eherecht unter dem Zwiespalt römisch-kanonischer und germanischer Rechtsanschauungen. Es teilte den Standpunkt des vortridentinischen kanonischen Rechtes, insofern es dem Willenskonsens der Brautleute ehebegründende Kraft zusprach, ließ aber alle öffentlichen unbedingten Verlöbnisse als sponsalia de praesenti gelten und nur bedingte Verlöbnisse als sponsalia de futuro; auch diese begründeten bei copula carnalis eine rechtsgültige Ehe. In beiden Fällen war Verletzung des Verhältnisses Ehebruch, seine Auflösung nur in Form der Ehescheidung möglich. Ungeklärt war die Bedeutung der kirchlichen Trauung, die unbedingt gefordert wurde und auf welche das Verlöbnis einen klag- und vollstreckbaren Anspruch gewährte. Erst die Trauung des Geistlichen als des gekorenen Trauungsvormunds sollte die eheliche Lebensgemeinschaft begründen. Endlich sah man im ehelichen Beilager als dem Vollzuge der Ehe deren eigentlichen Beginn. Rechtlich lag indessen der Schwerpunkt bei der desponsatio. Erst die protestantische Kirchenrechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts unter Führung J. H.

Böhmers eliminierte die kanonistischen Elemente des protestantischen Eherechts: die desponsatio verlor ihre ehebegründende Wirkung, sie wurde zum Ehevorvertrag nach Art des deutschen Verlöbnisses, ehebegründend war allein noch die vom Geistlichen vollzogene Trauung. Der Geistliche schaffte als solcher durch seinen Ausspruch die Ehe: die Eheschließung war ein kirchlicher Akt geworden. Diese kirchliche Trauung haben viele deutsche Staaten für ihre protestantischen Untertanen als Eheschließungserfordernis weltlich anerkannt.

Schrifttum: Friedberg: Recht der Eheschließung, 1865. — Sohm: Recht der Eheschließung, 1875. — Friedberg: Verlobung und Trauung, 1876. — Sohm: Trauung und Verlobung, 1876. — Stutz: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, 1900. — Hermann: Zur Geschichte des Brautkaufs, 1904. — Opet: Zum Brautkauf nach altalemannischem Recht, 1907. — Frensdorff: Hans. Gbl. 23, 1917, S. 291ff.; 24, 1918, S. 1ff. — v. Zallinger: SB. Wien 199, 1923, S. 1ff. — Edward Schröder: Z. D. A. 61 (1923), S. 17. — v. Schwerin: Quellen zur Geschichte d. Eheschließung, I 1925, II 1930. — v. Apeldoorn: Geschiedenis van het nederlandsche huwelijksrecht, 1926. — Hoyer: Die Ehen minderen Rechts, 1926. — Westrupp: Z. f. vergl. RW. 42 (1926), S. 47. — Eckhardt: ZRG. G. 47,1927, S. 174. — Herbert Meyer: Friedelehe und Mutterrecht, das. S. 198; das. 52, 1932. — v. Zallinger: Heirat ohne Trauung, Festschr. f. Redlich, 1928, S. 337. — Frölich: Hess. Bl. Volksk. 27 (1929), S. 144, 285. — A. Esmein: Le mariage en droit canonique I, 1929. — v. Zallinger: Die Ringgaben bei der Heirat und das Zusammengeben im mittelalterlich-deutschen Recht, SB. Wien 212, 1931. — Meyer: Die Eheschließung im Ruodlieb und das Eheschwert, ZRG. G. 52, 1932, S. 275. — Neckel: Liebe und Ehe bei den vorchristlichen Germanen, 1932. — Besnier: Le mariage en Normandie des origines au XIIIe siècle, 1934. — Schubart-Fikentscher: Das Eherecht im Brünner Schöffenbuch, 1935. — Wikmann: Die Einleitung der Ehe, 1937. — Schultze: Zum altnordischen Eherecht, 1939; Das Eherecht in den älteren angelsächsischen Königsgesetzen, 1941; Über westgotisch-spanisches Eherecht, 1944. — Meyer: Ehe und Eheauffassung der Germanen, Festschrift für Heymann I, 1940. — Melicher: Die germanischen Formen der Eheschließung im westgotisch-spanischen Recht, 1940. — Köstler: Raub-, Kauf- und Friedelehe bei den Germanen, ZRG. G. 63, 1943, S. 92. — Meier: Ahnengrab und Brautstein, 1944.

III. Das Eheschließungsrecht des modernen Staates beruht auf der Zivilehe. Die Leugnung der Sakramentsnatur der Ehe durch die Reformation bahnte dafür den Weg. Das Naturrecht forderte die Befreiung des staatlichen Lebens von der mittelalterlich kirchlichen Bevormundung. Die konfessionell gemischte Bevölkerung des neueren Staates bedurfte einer staatlichen Regelung des Eherechts. Eine staatliche Ehegesetzgebung führte Josef II. 1783 für Österreich ein, aber das ABGB. anerkannte nur eine konfessionelle Eheschließung. Doch brachte schon das 17. Jahrhundert Anfänge der Zivilehe (England 1653, die Niederlande), entscheidend aber wurden ein französisches Gesetz von 1792 und der CC., welche die Zivilehe für Frankreich zur obligatorischen Eheschließungsform machten. In Deutschland erlangte die Zivilehe zunächst wesentlich nur in den Ländern des französischen Rechts Geltung. 1848 verlangten die deutschen Grundrechte ihre Einführung; die preußische Verfassungsurkunde

Art. 19 sagte sie für Preußen zu. Es kam aber zunächst nur zur fakultativen Zivilehe und daneben zur Notzivilehe, besonders für Dissidenten und Juden. Die obligatorische Zivilehe führte zuerst Frankfurt 1850 ein, Preußen folgte erst 1874, das Reich mit dem Personenstandsgesetz 1875. Die kirchliche Eheschließung hat keine bürgerlich-rechtliche Wirkung mehr. Während aber im Personenstandsgesetze die Ehe durch die Trauung des Standesbeamten nach dem Vorbild des spätprotestantischen Eherechts geschlossen wurde, läßt das BGB. § 1317 die Willenserklärung der Brautleute entscheidend sein, macht den Standesbeamten also zur reinen Urkundsperson. Die Trauung ist damit beseitigt, der formelle Vertrag der Eheleute entscheidend, wie ihn die Entwicklung des mittelalterlichen deutschen Rechts anstrebte und das Tridentinum durchführte. Das Verlöbnis ist heute nicht mehr Voraussetzung für die Entstehung einer Ehe. Der Zwang zur Eingehung der Ehe aus einem Verlöbnis ist beseitigt, Rücktritt ist zulässig; schadenersatzpflichtig ist, wer ohne wichtigen Grund zurückgetreten ist (1298). Im übrigen ist heute das Recht der Eheschließung, Ehenichtigkeit, Eheaufhebung und Ehescheidung durch das Ehegesetz vom 6. 7. 1938 neu geregelt. (Gilt auch in Österreich.)

In England ist die Zivilehe durch die Stuarts wieder beseitigt und erst 1836 als fakultative Zivilehe wieder eingeführt worden. So ist die kirchliche Eheschließung vor einem Priester der Staatskirche noch heute von bürgerlich-rechtlicher Wirkung. Das Verlöbnis entspricht dem deutschen Recht; grundloser Verlöbnisbruch gibt eine Klage auf Schadenersatz und Genugtuung.

§ 82. Die Ehenichtigkeit.

I. Das ältere deutsche Recht verbot die Ehe zwischen Freien und Unfreien und die zwischen Aszendenten und Deszendenten. Ob in vorgeschichtlicher Zeit Geschwisterehe zulässig war, ist unsicher. Ehen zwischen weiteren Verwandten und Verschwägerten waren jedenfalls erlaubt und häufig. Polygamie war gestattet, eine bestehende Ehe sonach kein Ehehindernis.

II. In fränkischer Zeit sind die Ehehindernisse stark vermehrt worden. Bestehende Ehe wurde auch für den Mann zum Hindernis. Die Kirche bekämpfte die Verwandtenehe; es gelang ihr schrittweise, das Verbot der Verwandtenehe im 8. Jahrhundert bis zum siebenten Grade kanonischer Komputation auszudehnen. Weiter führte sie das Ehehindernis der Schwägerschaft und der geistlichen Verwandtschaft ein, verbot die Ehe mit dem Entführer, zwischen Juden und Christen. Das Mittelalter hat noch zahlreiche weitere Ehehindernisse hinzugefügt. Die Kanonisten entfalteten ein feindurchdachtes System der Ehehindernisse, aufgebaut vor allem auf der Scheidung der trennenden und der aufschiebenden Ehehindernisse. Die trennenden (impedimenta dirimentia) verhindern die Entstehung einer gültigen Ehe, die trotzdem geschlossene Ehe ist nichtig (matrimonium nullum); doch bedarf die Nichtigkeit der Feststellung im Nullitätsprozeß. Die aufschiebenden (impedimenta impedientia) untersagen zwar den Eheschluß, der aber doch zu einer rechts-

gültigen Ehe führt. Die protestantische Eherechtslehre hat die impedimenta dirimentia, geschieden in impedimenta dirimentia publica und privata, je nachdem, ob jedermann oder nur ein Ehegatte das Akkusationsrecht hat. Dieses erscheint als materielles Vernichtungsrecht, die Ehe sonach in der neueren Gesetzgebung im ersten Falle als nichtig, im zweiten als anfechtbar. So schon das ALR. und jetzt das BGB. und ZGB. Zahlreiche Ehehindernisse des kanonischen Rechts wurden in den neueren staatlichen Gesetzgebungen beseitigt. Eine einheitliche Festlegung der Zahl der staatlich anerkannten Ehehindernisse brachte das Personenstandsgesetz von 1875, ihre Wirkung wurde durch das BGB. einheitlich für das Reich bestimmt. Das neue Ehegesetz läßt Nichtigkeit wegen wesentlicher Formfehler, mangelnder Geschäftsfähigkeit eines Verlobten und Verstoßes gegen ein Eheverbot eintreten. Nichtehe besteht nur bei grobem Formverstoß, sonst bedarf es eines konstitutiven Urteils (vernichtbare Ehe), das mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist. An die Stelle der Eheanfechtung ist die Eheaufhebung getreten; auf Grund einer Aufhebungsklage wird durch rechtsgestaltendes Urteil die Ehe für die Zukunft aufgehoben.

Schrifttum: Rietschel bei Hoops Reallexikon IV, S. 417. Weiter die Lehrbücher des Kirchenrechts von Scherer und Friedberg.

§ 83. Die Auflösung der Ehe.

I. Das ältere deutsche Recht ließ eine Ehescheidung durch gegenseitiges Übereinkommen der Vertragschließenden zu; sie konnten den Ehevertrag jederzeit wieder rückgängig machen. Weiter löste der Ehemann durch einseitige Scheidung die Ehe auf. Freilich setzte er sich der Fehde der beleidigten Frauensippe aus; doch war die Fehde bei Ehebruch, Lebensnachstellung, Unfruchtbarkeit der Frau verboten. Aber auch die unerlaubte Verstoßung der Frau war rechtswirksame Ehescheidung. Die Frau dagegen konnte die Ehe nur wegen schwerer Missetaten des Mannes einseitig auflösen. Endlich trat eine gesetzliche Eheauflösung durch die Friedlosigkeit eines Ehegatten und durch seinen Tod ein; die Wiederverheiratung einer Witwe wurde aber in germanischer Zeit mißbilligt (unten § 84).

II. Das kirchliche Ehescheidungsrecht. Das weltliche Scheidungsrecht ist schon in der fränkischen Zeit von der katholischen Kirche bekämpft und im Laufe des Mittelalters, wenn auch nicht mit vollem Erfolge, verdrängt worden. Die Kirche folgerte aus der Sakramentsnatur der Ehe deren Unauflöslichkeit. Sie forderte daher Beseitigung der Selbstscheidung, ausschließliche Geltung des kirchlichen Scheidungsprozesses. Seit dem 12. Jahrhundert stand fest, daß die volle Unauflöslichkeit nur für die durch copula carnalis vollzogene Ehe (matrimonium ratum et consummatum) rechtens war; die nichtkonsummierte Ehe konnte in gewissen Fällen dem Bande nach getrennt werden. Aber auch für die konsummierte Ehe entwickelte die Kirche eine im Tridentinum anerkannte Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam), die

wenigstens die eheliche Gemeinschaft aufhob, ohne freilich den getrennten Gatten die Wiederheirat zu ermöglichen.

Das evangelische Kirchenrecht verwarf die Sakramentsnatur der Ehe und ließ daher die Lösung des ehelichen Bandes zu. Es stellte zunächst das Selbstscheidungsrecht wieder her, beschränkte es aber bald und verlangte zur Wiederheirat die Feststellung durch die Obrigkeit, daß die Ehe geschieden sei. Endlich wurde die Selbstscheidung verboten; an ihre Stelle trat die Scheidung durch das ordentliche weltliche Gericht. Scheidungsgrund war der Ehebruch; dazu kamen böswillige Verlassung, Verurteilung zu langjährigen Strafen (quasidesertio), Lebensnachstellung, schwere Mißhandlung usw. Trotz Lösung des ehelichen Bandes wurde dem schuldigen Gatten häufig die Wiederheirat versagt. Neben der Scheidung wurde auch die Trennung von Tisch und Bett zugelassen.

III. Der neuere Staat hat zunächst das kirchlich-konfessionelle Scheidungsrecht anerkannt. Die Ehe der katholischen Untertanen blieb auch für das weltliche Recht dem Bande nach unauflöslich, und nur die Trennung von Tisch und Bett war gestattet. Seit dem 18. Jahrhundert aber nahm der Staat besonders in den paritätischen Ländern die Ehescheidungsgesetzgebung selbst in die Hand. Maßgebend war jetzt der Einfluß des Naturrechts, das die Scheidung der Ehe als eines bürgerlichen Vertragsverhältnisses begünstigte. So hat besonders das ALR., das übrigens noch der vom geistlichen Gericht ausgesprochenen Trennung die bürgerliche Wirkung einer Scheidung zusprach, die Scheidung selbst ohne Verschulden eines Gatten in gewissen Fällen zugelassen; ja für kinderlose Ehen hat es unter Umständen die gegenseitige Einwilligung oder die unüberwindliche Abneigung eines Gatten für genügend erklärt. Ähnliche Bestimmungen traf ein französisches Gesetz von 1792, doch hat der CC. die Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung wieder beseitigt. Im 19. Jahrhundert hat das konfessionelle Scheidungsrecht nur noch im ABGB. staatliche Anerkennung behalten, wie z. B. der Scheidebrief der Juden 133; im übrigen war die Gesetzgebung der Partikularstaaten maßgebend. Rechtseinheit schuf zuerst das Personenstandsgesetz 1875, das die Trennung von Tisch und Bett beseitigte. Dagegen läßt das BGB. Trennung und Ehescheidung zur Wahl, aber mit starker Bevorzugung der Scheidung (1575 ff.). Die Scheidungsgründe hat das BGB. beschränkt, es wird, abgesehen von unheilbarer Geisteskrankheit, immer ein Verschulden verlangt, gegenseitige Einwilligung und einseitiger Widerwille genügen nicht mehr. So auch das ZGB., das aber darüber hinaus jede unverschuldete Ehezerrüttung als Scheidungsgrund anerkennt (142). Für das Ehescheidungsrecht des Ehegesetzes ist das Interesse der Allgemeinheit an der Lösung wertlos gewordener Ehen maßgebend. Es hat daher die verschuldeten Scheidungsgründe vermehrt und eine Scheidung ohne

Verschulden vor allem bei objektiver tiefgehender Ehezerrüttung eingeführt.

Im anglo-normannischen Recht war dem kanonischen Recht entsprechend nur Trennung (separation) anerkannt. Erst 1857 wurde daneben Scheidung (dissolution) zugelassen. Separation war zulässig wegen Ehebruchs, cruelty, desertion. Dissolution konnte der Mann wegen einfachen Ehebruchs, die Frau dagegen nur wegen qualifizierten Ehebruchs geltend machen; heute ist diese Sonderstellung beseitigt. Eigenartig ist, daß der verletzte Ehemann von dem ehebrecherischen Dritten eine Geldentschädigung verlangen kann.

Schrifttum: Geffcken: Zur Geschichte der Ehescheidung vor Gratian, 1894. — Martin Wolff: MIÖG. 17, 1896, S. 369ff.

§ 84. Das eheliche Verhältnis.

I. Das ältere Recht. Die personenrechtlichen Beziehungen der Ehegatten erschöpften sich in der Munt des Mannes über die Frau. Ein Verwandtschaftsband wurde durch die Ehe nicht begründet. Die Frau unterlag der Muntherrschaft des Mannes. Er vertrat die Frau nach außen und haftete für ihre Delikte. Er hatte ausschließliche Rechte an ihrer Person. Im Gegensatze zum Manne, dem Polygamie gestattet war, beging sie strafbaren Ehebruch, wenn sie sich einem Dritten hingab. Das galt selbst für die Witwe, die sich wieder verheiratete, denn die Rechte des Ehemannes wurden durch seinen Tod nicht beendet; freilich hat schon die lex Salica die Wiederheirat der Witwe durch Sühnung der Magschaft des Toten ermöglicht. Als Muntwalt durfte der Mann seine Ehefrau auch züchtigen. Töten durfte er sie aber nur in handhafter Tat des Ehebruchs oder der Lebensnachstellung, dann konnte er sie auch verstoßen oder selbst verkaufen, auch ein Verkauf im Falle der Not war ihm gestattet. In allen anderen Fällen aber war die Frau gegen Willkürhandlungen des Mannes als Schutzgenossin ihrer Sippe durch diese geschützt; insofern stand ihr gegen den Mann ein Recht auf Lebensgemeinschaft zu. Auch war im Hause die Stellung der legitimen Frau tatsächlich gefestigt. Sie war innerhalb ihres häuslichen Bereiches die Herrin (ahd. frouwa) und verwaltete die Schlüssel des Hauses. Eine Zurücksetzung gegenüber einer Kebsfrau ihres Mannes brauchte sie nicht zu dulden. Der Kebsfrau dagegen kamen keinerlei Sicherungen ihrer Stellung gegenüber dem Manne zu; er durfte sie nach Belieben auch ohne Grund entlassen.

II. Noch **in spätfränkischer Zeit** begann eine Entwicklung, die das Verhältnis der Ehegatten zueinander entscheidend zu wandeln schien. Die Kirche stand der Ehe zunächst zwiespältig gegenüber. Die schon der frühchristlichen Kirche angehörende, immer wieder hervorbrechende asketische Richtung war ehe- und weiberfeindlich. Die Frau als mißachtetes Wesen mußte dem Manne in vollem Umfange untertan sein. Während zugleich die Schutzgewalt der Frauensippe zurücktrat, baute sich so die Munt des Mannes immer stärker aus und entwickelte sich teilweise zu einer absoluten Willkürherrschaft. Dem haben aber andere Tendenzen mit Erfolg entgegengearbeitet. In der Kirche siegte die Ansicht, die die Heiligkeit des Ehebandes betonte.

So wurde die Stellung der Frau in der Ehe gefestigt: die Ehescheidung wurde erschwert, auch die Frau erhielt ein ausschließliches Recht an die Person des Mannes, da auch außereheliche Geschlechtsverbindungen des Mannes jetzt Ehebruch bedeuteten. Der Mann blieb zwar Muntwalt, Vogt seiner Frau, aber die Frau wurde Genossin des Mannes. Dieser Gedanke der ehelichen Genossenschaft wurde durch die Entwicklung der Gütergemeinschaftsformen immer stärker betont. Die Frau erwarb das Stammesrecht des Mannes und trat in seinen Stand ein, wenn der Mann gleich oder niedriger geboren war. Durch die Ehe wurde ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Ehegatten herbeigeführt, ein Erbrecht begründet.

III. Die Neuzeit. In der Epoche des absoluten Staates wurde auch für die Ehe die Machtstellung des Mannes wieder schärfer betont. Die Rezeption des römischen Eherechts hat hieran nichts geändert. Die Reformation hat diese Entwicklung begünstigt; durch die Bibelübersetzung wurde das jüdische Eherecht mit seiner scharfen Betonung der Autorität des Mannes in der Ehe zum Vorbild erhoben. Auch das Naturrecht hielt hieran fest, nur daß nach seiner Lehre die Frau sich durch Vertrag dem Manne unterordnet. Dem folgen das ALR. und ABGB. 91. Danach ist der Mann das Haupt der ehelichen Gesellschaft; sein Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. Aber die ehemännliche Munt ist zu einem Recht des Mannes, der Frau in ihren Prozessen beizustehen, verflüchtigt. Ein Züchtigungsrecht wird ihm nicht mehr zugesprochen. Hervorgehoben wird die Pflicht des Mannes, der Frau Unterhalt zu gewähren. Auf ähnlichem Standpunkt steht der CC., der zu Rechtsgeschäften der Frau die Autorisation durch den Mann verlangt (215, 217). Das 19. Jahrhundert hat die ehemännliche Munt vollständig beseitigt; auch der Frau wird die volle Prozeßfähigkeit verliehen. Doch bleibt noch im geltenden Recht dem Mann ein Vorrang in der Ehe gewahrt, insofern ihm die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht. Aber die Frau braucht einer mißbräuchlichen Anwendung seiner Entscheidungsmacht nicht Folge zu leisten (1354). Die Frau teilt Namen, Stand, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit des Mannes, sie hat Recht und Pflicht, das Hauswesen zu leiten (1356, anders ABGB. 91), ihr kommt die Schlüsselgewalt zu (1357, ABGB. nur 92 mit 1029). Der Mann hat ihr standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, aber auch die Frau ist dem Manne unterhaltspflichtig (1360). Dem entspricht die Regelung des ZGB., das aber den genossenschaftlichen Gedanken im Eherecht aufrechterhält (159 ff.).

Das ehemännliche Entscheidungsrecht steht im Widerspruch zu RV. Art. 119 Abs. 2, wonach die Ehe auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter beruht. Skandinavische Eherechtsgesetze haben es beseitigt.

Schrifttum: s. oben § 16, III. — Münch: Das persönl. Eherecht nach den alten Rechtsquellen der Landschaft Bern, Diss. 1925. — Kipp: Rechtsvergl. Studien z. Lehre v. d. Schlüsselgewalt in roman. Rechten, 1928.

II. Abschnitt.

Eheliches Vermögensrecht.

§ 85. Die geschichtliche Entwicklung.

I. Das ältere germanische Recht hat, soweit wir es aus späteren Quellen erschließen können, die Fähigkeit auch der verheirateten Frau, am Fahrhabevermögen teilzuhaben, nicht ausgeschlossen. Dieses Frauengut bestand in erster Linie aus der Aussteuer (maritagium, lang. faderfio, mhd. histiure), die ihr die Frauensippe in die Ehe mitgab und deren Kern die Gerade (rhedo), d. h. die persönliche Ausstattung der Frau, besonders Kleidung und Schmuck, bildete. Dazu trat das Wittum, nachdem es in fränkischer Zeit unter Einwirkung des römischen Provinzialrechts zur Gabe des Mannes an die Frau geworden war; endlich die Morgengabe, die ihr der Mann nach dem Beilager bestellte. Wittum und Morgengabe, die bei manchen Stämmen als einheitliche Gabe des Mannes bestellt wurden, erfaßten häufig einen Quotenteil des Mannesvermögens und erstreckten sich auch auf Liegenschaften. Es kam dann freilich auch vor, daß der Mann sich zunächst nur schuldrechtlich verpflichtete, so daß erst nach Auflösung der Ehe das Eigentum an die Frau zu übertragen war. Auch als Aussteuer wurden schon in fränkischer Zeit Liegenschaften bestellt.

Soweit die Frau Eigentümerin geworden war, kam ihr Verwaltung und Nutzung des Frauengutes doch nur für die Gerade zu. Alles andere Frauengut nahm der Mann in seine muntschaftliche Gewere und unterwarf es damit seiner Verwaltung und Nutzung; ohne selbst Eigentümer zu werden, verwaltete er das Frauengut gemeinschaftlich mit seinem eigenen (sog. Verwaltungsgemeinschaft). Bei kinderloser Auflösung der Ehe fiel das Frauengut wieder an die Familie zurück, von der es herkam: die Aussteuer an die Frauensippe, Wittum und Morgengabe an die Mannessippe (Rückfallsrecht). Noch war alles Gut Familiengut. Die eheliche Gemeinschaft als solche begründete keinerlei vermögensrechtliche Beziehungen zwischen den Gatten. Die Verwaltungsgemeinschaft, die die Vermögen der Ehegatten der Zuständigkeit nach grundsätzlich schied (daher auch Güterscheidung genannt), hat das frühe Mittelalter beherrscht, doch ist sie allmählich, abgesehen von Ostfalen und der Schweiz, durch die Gütergemeinschaft abgelöst worden, deren Anfänge bei Franken und Westfalen noch in fränkischer Zeit in Form der Errungenschaftsgemeinschaft hervortreten.

II. Auch im Mittelalter ist der Gedanke des Familiengutes zunächst festgehalten worden, besonders in Niedersachsen auf dem Lande. Den Mittelpunkt des Familienvermögens bildeten hier die Liegenschaften; Wart- und Beispruchsrechte der Erben sicherten sie der Familie. Auch den Töchtern in die Ehe mitgegebene Liegenschaften, ja selbst die Fahrhabe, blieben Teile des Familienguts; sie fielen bei kinderlosem Tod der Frau an ihre Familie zurück. Bei Lebzeiten der

Frau war der Mann auf bloße Verwaltung und Nutzung des Frauengutes beschränkt.

Anderwärts wird der Gedanke des Familienguts durch den des Eheguts verdrängt. Mann und Frau bringen ihr Vermögen der ehelichen Genossenschaft zu, frei von den alten Bindungen in der Familie. Das Rückfallsrecht der Familie verschwindet. Auch das Mannesvermögen tritt nun in das eheliche Güterrecht ein. Mann und Weib haben bei Lebzeiten kein gezweiet Gut. Die Vermögen beider Gatten werden in einem Ehevermögen zusammengefaßt, das der Mann für die eheliche Genossenschaft verwaltet. Die Scheidung des Frauenguts nach seiner Herkunft als Morgengabe, Wittum und Aussteuer verliert an Bedeutung für das eheliche Güterrecht. Reste der alten Auffassung sind die Sonderbehandlung der Gerade (besonders im ostfälischen Recht) und des Wittums sowie der Morgengabe im Rechte des Adels. Maßgebend wird die Scheidung nach Fahrhabe und Liegenschaften.

Manche Rechte haben auch diese Gedanken in der alten Form der Verwaltungsgemeinschaft verwirklicht. Aber ihre charakteristische Ausprägung erhalten sie in der Gütergemeinschaft. Diese geht von der Errungenschaftsgemeinschaft aus. Was die Eheleute in der Zeit der Ehe durch gemeinsame Arbeit erwerben, daran hat die Familie keinen Teil; es wird freies Eigentum der ehelichen Genossenschaft. Es ist das Güterrecht einer wirtschaftlich aufstrebenden Zeit. Von ihr aus haben sich die anderen Gütergemeinschaftssysteme entwickelt: die Fahrnisgemeinschaft, indem auch die eingebrachte Fahrnis, die allgemeine Gütergemeinschaft, indem das gesamte Vermögen der Gatten freies Gesamthandsgut der ehelichen Genossenschaft wird. Diese Entwicklung wurde durch den Brauch der Gatten, sich ihr gesamtes Vermögen gegenseitig zu verschreiben, gefördert. Vom Westen und Süden ausgehend hat die Gütergemeinschaft sich allmählich, besonders im Norden und kolonialen Osten, verbreitet. Für das mittelalterliche Stadtrecht war sie die gegebene Ehegüterrechtsform.

Auch bei der Gütergemeinschaft blieb der Mann das Haupt der ehelichen Gemeinschaft. Der Mann hatte Verwaltung und Verfügung über das Gesamtgut; dieses wurde durch seine Rechtsgeschäfte verhaftet. Der Frau kam gleiche Selbständigkeit zu nur innerhalb der engen Grenzen ihrer Schlüsselgewalt, beschränkt auf die täglichen Geschäfte, die zur Führung des Haushalts erforderlich sind. Die vermögensrechtliche Lage der Frau während der Ehe war im Gütergemeinschaftsrecht somit keineswegs gebessert, ja sie war verschlechtert, da jetzt das im Gesamtgut enthaltene Frauengut für alle Schulden des Mannes haftete. Auch genügte die schematische Quotenteilung bei Auflösung der Ehe bald nicht mehr, weil in den wirtschaftlich saturierten Verhältnissen des späteren Mittelalters das Einbringen der Ehegatten häufig an Umfang stark voneinander abwich. Die Gütergemeinschaft war unfähig, ein reichliches Frauengut ausreichend zu sichern. Hier war die Verwaltungsgemeinschaft überlegen:

jeder blieb Eigentümer seines Vermögens, die Quotenteilung und die strenge Schuldenhaftung des Frauengutes fielen weg, eine Sicherung der Frau war durch ein Pfandrecht am Mannesvermögen leicht zu erreichen. Durch Beseitigung des Rückfalls, Entwicklung eines Ehegattenerbrechts wurde die Verwaltungsgemeinschaft den Bedürfnissen der Zeit angepaßt. So ist sie seit dem Spätmittelalter wieder im Vordringen.

III. Die Neuzeit zeigt die Richtung auf stärkere Individualisierung des Vermögens jedes Ehegatten. So kam die Aufnahme des römischen Dotalrechtes den Tendenzen der Zeit entgegen. Diese Gütertrennung wurde nun zwar gemeines deutsches Recht, aber doch nur in subsidiärer Geltung, und praktisch herrschend nur in kleinen Gebieten mit meist sehr erheblichen Änderungen im Sinne der Verwaltungsgemeinschaft. Nirgendwo hat das deutsche Recht so konservativ an seinen alten Formen festgehalten wie im Ehegüterrecht. Es herrschte eine unübersehbare Rechtszersplitterung. Freilich überwogen im Norden die Verwaltungsgemeinschaft und die allgemeine Gütergemeinschaft, im Westen die Fahrnisgemeinschaft, im Süden die Errungenschafts- und allgemeine Gütergemeinschaft. Aber nirgendwo gab es geschlossene Gebiete gleichen Güterrechts, überall kamen größere oder kleinere Partikularitäten vor, selbst kleine Gebiete zeigten noch Besonderheiten nach Ortsteilen, Ständen, Konfessionen. Nur darin stimmten alle überein, daß dem Mann als dem Haupt der ehelichen Gemeinschaft die Verwaltung des Frauengutes und ein weitgehendes Verfügungsrecht, der Frau dagegen nur die Schlüsselgewalt zukomme; nur nach gemeinem Dotalrecht hatte die Frau die volle Handlungsfähigkeit.

Die neuere Gesetzgebung hat nur langsam Rechtseinheit gebracht. Freilich bestimmte schon das Württembergische Landrecht von 1610 die Errungenschaftsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand für ganz Württemberg. Aber noch das ALR. hielt am Regionalsystem fest; es regelte die Verwaltungsgemeinschaft, die aber nur im Zweifel Platz griff; die allgemeine und die Errungenschaftsgemeinschaft der Provinzialgesetze blieben in Kraft. Der CC. dagegen beseitigte die provinzialen Güterstände, er regelte die Fahrnisgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand, andere Güterstände als vertragliche. Dem hat sich das BGB. (und ZGB.) angeschlossen. Es hat die partikulären Güterstände außer Kraft gesetzt. Obwohl die Gütergemeinschaft in ihren verschiedenen Abarten überwog (etwa $^3/_5$ der Bevölkerung gegen $^2/_5$ für die Verwaltungsgemeinschaft), hat das BGB. die Verwaltungsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand bestimmt (ähnlich die Güterverbindung des ZGB.). Daneben sind als vertragliche Güterstände geregelt die drei Formen der Gütergemeinschaft und weiter die Gütertrennung, die zugleich außerordentlicher gesetzlicher Güterstand ist. In Österreich gilt das System der Gütertrennung. Aber der Mann verwaltet und nutzt das Frauengut, wenn die Frau

nicht widerspricht (verschämte Verwaltungsgemeinschaft, ABGB. 1237ff.).

Von den vertraglichen Güterständen ist die Fahrnisgemeinschaft, die bis 1900 im Rheinland und in Baden gesetzlicher Güterstand war und es heute noch in Frankreich ist, am stärksten veraltet; sie setzt eine Rechtsordnung voraus, die dem Grundeigentum stärker, als das geltende Recht es tut, eine Sonderstellung zuweist; sie stirbt offenbar ab. Die allgemeine Gütergemeinschaft wahrt ihren Besitzstand, obwohl bei ihr die weitgehende Verfügungsmacht des Mannes über das Gesamtgut, die Haftung des Gesamtguts für alle Schulden des Mannes und die Halbteilung des Gesamtguts bei Auflösung der Ehe starke Bedenken erregt. In steigendem Maße bevorzugt werden die Errungenschaftsgemeinschaft (besonders in Süddeutschland) und die Gütertrennung.

Die Regelung des BGB. ist veraltet. Die neuen europäischen Gesetzgebungen bevorzugen die Gütertrennung. Sie entspricht am besten der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe, RV. Art. 119. Ihre Mängel ließen sich mildern durch eine Beitragspflicht der Ehefrau und durch Einfügung gewisser gütergemeinschaftlicher Elemente (Beschränkung der Verfügungsmacht des einzelnen Gatten mit Rücksicht auf die Eheinteressen, Errungenschaftsgemeinschaft von Todes wegen).

Besonders beachtlich ist die Entwicklung in England. Hier beherrschte der Mann das Frauenvermögen völlig (feme covert): die Immobilien unterlagen seinem Besitz, seiner Nutzung und Verwaltung, das Fahrnisvermögen war sein unbeschränktes Eigentum. Nur durch Eheverträge wurde allmählich unter Verwendung von Treuhändern eine Besserstellung für die Frau erreicht. 1882 folgte dann ein völliger Bruch durch Einführung der Gütertrennung: die Frau erlangt separate property, sie wird in bezug hierauf unbeschränkt vertrags- und prozeßfähig.

Schrifttum: Schröder: Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 1863—74. — E. Huber: Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handveste, 1884. Dazu zahlreiche Einzeluntersuchungen der partikulären Rechtsentwicklung, besonders von Adler (Bayern), 1893; von Wyss (Schweiz), 1896; Bartsch (Österreich), 1905; Arnold (Mühlhausen i. E.), 1906; Hradil (Bayern und Österreich), 1908/09; Kapras (Böhmen), 1909; Steiner (Schwyz), 1910; His (Tessin), 1911; Merz (Aargau), 1923; Winiger (Luzern), 1924; Boetius (Osterlandföhr und Wyk), 1928; Willecke (Braunschweig), 1929.

IV. Eheverträge. Schon in alter Zeit wurden bei der Eheschließung die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Frau durch Vertrag geordnet. Solche Eheverträge richteten sich auf Bestellung der Morgengabe, die im Mittelalter aber allmählich (abgesehen vom Adel) verschwand, besonders aber des Wittums. Wittumsbestellungen erfolgten im Mittelalter besonders häufig durch Gewährung einer Leibzucht an Grundstücken des Ehemanns (o. § 40), im hohen Adel meist im Umfange der Aussteuer (Widerlegung). Solche Verträge wurden vielfach entbehrlich, da ihr Inhalt gewohnheitsrechtliche Kraft erhielt. Neue Eheverträge entwickelten sich aus dem Bedürfnis, das gesetzliche Ehegüterrecht abzuändern oder zu ergänzen. Sie waren vor allem gerichtet auf Sicherung des Frauenguts gegen die weitgehenden Verfügungsrechte des Mannes oder auf gegenseitige Vermögenswidmung der Ehegatten. Regelmäßig herrschte hierbei volle Vertragsfreiheit (Gedinge bricht Landrecht), die aber meist erlosch, sobald ein Kind

geboren war (Kinderzeugen bricht Ehestiftung). Eheverträge wurden vor oder während der Ehe abgeschlossen, meist vor Gericht oder wenigstens vor Zeugen; jüngere Quellen begnügten sich mit der Schriftform.

Das neuere Recht hat die Eheverträge im Gegensatz zum römischen Recht im alten Umfange beibehalten. Nur der CC. beschränkte ihren Abschluß auf die Zeit vor der Ehe. Doch verlangen alle neueren Rechte die Einhaltung bestimmter Formen, meist der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Ehepakte des ABGB. 1217ff. bedürfen eines Notariatsakts. Nach BGB. ist obendrein die volle Wirkung des Ehevertrags gegenüber Dritten von der Eintragung im Güterrechtsregister abhängig. Die Eheverträge können entweder einen Güterstand durch einen anderen ersetzen, wobei heute nur die vom BGB. selbst geregelten Güterstände zur Auswahl stehen, oder sie können das gesetzliche eheliche Güterrecht in einzelnen Fragen abweichend gestalten, BGB. 1432ff.

In England sind Eheverträge (marriage settlements) für die begüterten Klassen seit Jahrhunderten üblich, der Mann setzt der Frau Grundrenten aus: ein Nadelgeld (pin-money) und eine jointure für den Todesfall. Heute bestimmt der Ehevertrag die Vermögensbeziehungen der Ehegatten, sorgt aber auch für die Kinder. Er ist gültig in Form einer gesiegelten Urkunde. Das postnuptial settlement ist nicht von gleicher Wirkung wie das antenuptial settlement.

§ 86. Die Verwaltungsgemeinschaft.

I. Die ältere Zeit. Das Eigentum am Frauengute steht der Frau, die Nutznießung und Verwaltung dem Manne zu. Er nimmt das Frauengut in seinen Besitz. Sein eigenes Vermögen nutzt und verwaltet der Mann als Eigentümer; er ist in der Verfügung nur so weit beschränkt, als er der Frau Rechte an ihm zugesteht. Das Frauenvermögen nutzt und verwaltet er als Muntwalt; als solcher hat er unbeschränkte Verfügungsmacht nur an beweglichen Sachen, zur Grundstücksveräußerung bedarf er der Zustimmung der Frau. Die Frau ist zur Verfügung über das Frauengut nur mit Einwilligung des Mannes berechtigt. Für Schulden des Mannes haftet ihr Gut nicht, wohl aber für ihre eigenen vorehelichen Schulden und für solche ehelichen, die sie mit Zustimmung des Mannes einging.

Die Verwaltungsgemeinschaft endigt mit dem Tode eines Ehegatten. Mit dem Tode des Mannes erlangt die Frau unbeschränktes Eigentum an der Aussteuer und sonstigem durch Erbschaft oder Schenkung erworbenem Vermögen. Wittum und Morgengabe kommen zwar auch in ihren Besitz, aber nur zu unveräußerlichem lebenszeitlichem Eigentum: sie sind den Kindern verfangen, und, wenn Kinder fehlen, fallen sie nach dem Tode der Witwe an die Verwandten des Mannes zurück (Rückfallsrecht, droit de retour). Der ledigen Witwe steht regelmäßig das Beisitzrecht an dem vom Vater hinterlassenen Vermögen ihrer Kinder zu.

Abweichendes galt im sächsischen Recht. In Westfalen erhielt die Witwe nur bei unfruchtbarer Ehe ein lebenszeitliches, dem Rückfallsrecht unterworfenes Eigentum am Wittum; dagegen endigte die Wittums-

bestellung mit der Geburt eines Kindes. Die Witwe wurde hier anderweit gesichert (durch Beisitz oder Grundstücksnießbrauch). In Ostsachsen erhielt die Witwe immer das Wittum; es war ihren Kindern verfangen und fiel bei unfruchtbarer Ehe an ihre Verwandten.

Stirbt die Frau, so fällt die Morgengabe und das Wittum an den Mann, die Aussteuer an den Besteller zurück. Das gilt aber unbeschränkt nur bei unbeerbter Ehe. Sind Kinder vorhanden, so erben sie das Wittum und die Aussteuer, nur die Morgengabe verbleibt dem Mann.

Anders nach langobardischem Recht, das den Mann zum Alleinerben der Frau macht, nach alemannischem und bayrischem Recht, das dem Mann bei fruchtbarer Ehe das gesamte Frauengut auf Lebenszeit überläßt.

II. Die mittelalterliche Verwaltungsgemeinschaft hat das Mannes- und Frauenvermögen zu einer einheitlichen, vom Manne zu verwaltenden Vermögensmasse zusammengefaßt. Die Frau bleibt Eigentümerin ihres Vermögens, der Mann hat an ihm die Gewere zu rechter Vormundschaft, Verwaltung und Nutzung. Über Frauenfahrnis kann der Mann frei verfügen, der Erwerb fällt in sein Vermögen; für Verfügungen über Liegenschaften der Frau braucht er ihre und ihrer Erben Zustimmung. Der Frau fehlt jede selbständige Verfügungsmacht. Für Schulden der Frau haftet das Frauengut in der alten Beschränkung; dagegen steht nun fest, daß für Schulden des Mannes auch die Fahrnis der Frau haftet.

Stark verändert hat sich die Rechtslage bei Auflösung der Ehe. Die Entwicklung zielt dahin, das Schicksal des Frauengutes nicht mehr durch seine Herkunft bestimmen zu lassen, sondern durch seine natürliche Beschaffenheit als Fahrnis oder Liegenschaft. Nur noch die älteren Systeme und besonders zäh das ostfälische Recht lassen der Gerade, dem wichtigsten Teil der fraulichen Aussteuer, eine abgesonderte Behandlung zuteil werden. Die Gerade fällt beim Tode der Frau an ihre Verwandten zurück, und zwar als Niftelgerade an die nächste weibliche Verwandte. Doch wird dabei nicht mehr beachtet, ob die einzelnen Geradestücke vom Mann oder von der Frau herrühren, auch ist der Umfang der Gerade erheblich erweitert, der Mann hat nur den Anspruch auf den Heerpfühl. Im übrigen ist das Rückfallsrecht der Verwandten beseitigt. Beim Tode der Frau fällt das unbewegliche Frauengut an ihre Erben, in den meisten Gebieten auch das bewegliche. Beim Tode des Mannes kommt alles Frauengut an die Frau. So ist also das Frauengut bei Auflösung der Ehe in gleichem Umfang herauszugeben, wie es eingebracht worden ist: Frauengut soll weder wachsen noch schwinden. Dieser Satz wird freilich vielfach wieder verdrängt, da der überlebende Ehegatte ein Erbrecht erhält.

III. In der Neuzeit wird der Gedanke des Ehevermögens durch eine schärfere Sonderung des Mannesgutes vom Frauengute verdrängt. Die Sonderstellung der Gaben des Mannes, Wittum und Morgengabe, beschränkt sich mehr und mehr auf enge Adelskreise. Das System der Gerade verschwindet. Das Frauengut verschmilzt

zur einheitlichen Masse, nur nach Fahrhabe und Liegenschaften getrennt. Am Frauengute steht dem Manne der ehemännliche Nießbrauch zu, nun als ususfructus maritalis bezeichnet; doch können durch Vertrag Vermögensstücke ausgenommen werden (Vorbehaltsgut). Der Nießbrauch gibt dem Manne die freie Verfügung über Fahrnis, nicht über Liegenschaften; bares Geld und vertretbare Sachen werden sein Eigentum. Die Frau wird durch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes gesichert. Die Schulden des Mannes verhaften nur das Mannesgut, die Schulden der Frau das Mannes- und Frauengut, wenn sie mit Einwilligung des Mannes entstanden sind.

Bei Auflösung der Ehe wird dem überlebenden Gatten nun allgemein ein Anteil am Nachlaß des Verstorbenen gewährt. Regelmäßig erhält er sein eigenes Gut und die sog. statutarische Erbportion; nach Sachsenrecht wird in Nachwirkung des Geradesystems der gesamte Mobiliarnachlaß der Frau einheitlich behandelt und dem Manne vererbt. Anderwärts entwickelt sich eine Gütergemeinschaft von Todes wegen. Hier wird das gesamte eheliche Vermögen zwischen den Erben des Verstorbenen und dem überlebenden Gatten verteilt oder diesem ganz überlassen. Diese Gütergemeinschaft ist im 19. Jahrhundert bis auf geringe Reste (Berlin, Mark Brandenburg) wieder verschwunden.

IV. Auch **im geltenden Recht** unterliegt das gesamte Frauenvermögen, das eingebrachte Gut, der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, 1363 BGB. Ausgenommen ist das Vorbehaltsgut, zu dem auch alles gehört, was die Frau durch Arbeit oder selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, 1367. Der Mann zieht die Nutzungen und trägt die Lasten des eingebrachten Guts. Über Geld und andere verbrauchbare Sachen kann er verfügen, sonst bedarf er der Zustimmung der Frau, 1376, 1379; die Frau bedarf zu Verfügungen über eingebrachtes Gut der Zustimmung des Mannes, 1396. Für Schulden des Mannes haftet das Frauengut nicht, wohl aber für Schulden der Frau, das Eingebrachte freilich nur unter gewissen Voraussetzungen. Bei Auflösung der Ehe endigt die Verwaltungsgemeinschaft, das Eingebrachte ist voll herauszugeben. Die Ehegatten haben ein gesetzliches Erbrecht gegeneinander.

Schrifttum: v. Martitz: Das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels, 1867. — Agricola: Die Gewere zu rechter Vormundschaft, 1869. — Kiesel in Gierkes Unters. 85, 1906. — Hradil: Zur Theorie der Gerade, ZRG. G. 31, 1910, S. 67ff.

§ 87. Die Gütergemeinschaft.

I. Das Mittelalter.

1. Während die Verwaltungsgemeinschaft die Güter der Gatten dem Eigentum nach trennt, schließt die Gütergemeinschaft sie zu einem Gesamtgut zusammen. Gesamtgut wird entweder nur ein Teil (beschränkte Gütergemeinschaft) oder das gesamte Vermögen der Gatten (allgemeine Gütergemeinschaft). Die beschränkte

Gütergemeinschaft erfaßt als Errungenschaftsgemeinschaft die während der Ehe erworbenen Mobilien und Immobilien, als Fahrnisgemeinschaft die Errungenschaft und die gesamte Fahrnis der Ehegatten. Alles nicht zum Gesamtgut gehörende Vermögen der Gatten ist Sondergut und verbleibt in ihrem Sondereigentum. Nur bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird grundsätzlich alles eingebrachte und später erworbene Vermögen der Gatten zum Gesamtgut zusammengefaßt. Sondergut kann es hier nur kraft Ehevertrags geben.

2. Das Gesamtgut steht während der Ehe im Gesamthandseigentum der Ehegatten; sie bilden eine Gemeinderschaft zur gesamten Hand. Auch hier ist aber der Mann das Haupt der ehelichen Gemeinschaft. Er hat Besitz und Verwaltung des Gesamtguts, ihm steht die freie Verfügung über Gesamtgutsfahrnis zu, während für Liegenschaften gesamthänderische Verfügung nötig ist. Auch am Sondergut der Frau erlangt der Mann Besitz und Verwaltung; die Verfügung über Liegenschaften des Sonderguts, und zwar auch des Mannes, ist regelmäßig gleichfalls nur als gesamthänderische wirksam. Gesamtgut und Sondergut des Mannes haften für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten; das sind alle Schulden des Mannes und die vorehelichen sowie solche ehelichen Schulden der Frau, die sie kraft ihrer Schlüsselgewalt oder mit ehemännlicher Genehmigung eingegangen war. Für sonstige Schulden der Frau haftet nur ihr Sondergut.

Nach dem Tode des Mannes konnte sich die Witwe nach fränkischen Rechten von der Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten befreien, indem sie ihre Schlüssel auf den Leichnam des Mannes legte. Damit verzichtete sie auf ihren Anteil am Gesamtgut (Schlüsselrecht).

3. Für den Fall der Auflösung der Ehe ist die Rechtslage verschieden bei beerbter und unbeerbter Ehe.

a) Bei unbeerbter Ehe fällt nur noch das Sondergut des Verstorbenen an seine Verwandten zurück (der Überlebende behält das Seinige), dagegen wird das Gesamtgut zwischen dem überlebenden Gatten und den Erben des Verstorbenen geteilt. Regelmäßig erhält dabei die Mannesseite $^2/_3$ (Schwertteil), die Frauenseite $^1/_3$ (Kunkelteil), in anderen Rechten findet Halbteilung statt. Die Entwicklung führte zu stärkerer Begünstigung des überlebenden Gatten. Er erhielt eine Leibzucht an Vermögensteilen des Verstorbenen, ein Erbrecht an der Errungenschaft und der Fahrnis. Vielfach ging selbst bei der allgemeinen Gütergemeinschaft das volle Gesamtgut auf den Überlebenden über (längst Leib, längst Gut), was der Anwachsung des Gesamthandsrechts entsprach, aber später als Erbfolge aufgefaßt wurde.

b) Bei beerbter Ehe wird das Ehevermögen bis zum Wegfall beider Gatten zusammengehalten. Das eine Mittel hierzu bildet das Verfangenschaftsrecht. Das Gesamtgut geht in das Alleineigentum des überlebenden Gatten nach Anwachsungsrecht über, weiter aber auch das Sondergut des Verstorbenen. Frei verfügen

kann er nur über die Fahrnis, die Liegenschaften sind den Kindern verfangen, und zwar auch die, welche während der Ehe Sondergut des Überlebenden waren, er kann über sie nur mit Zustimmung der Kinder verfügen. Der Überlebende erlangt also ein lebenslängliches, durch die Verfangenschaftsrechte der Kinder gebundenes Eigentum an sämtlichen Liegenschaften, die bei Auflösung der Ehe im Ehevermögen vorhanden waren.

Bei Wiederheirat des überlebenden Gatten bleiben die verfangenen Güter den Kindern erster Ehe verfangen. Damit werden die Kinder zweiter Ehe benachteiligt, soweit das verfangene Gut von dem überlebenden Ehegatten herstammt. Seit dem 13. Jahrhundert wird es üblich und dann meist zum Rechtssatz, daß der wieder heiratende Gatte sich vorher mit den Vorkindern auseinandersetzt (Teilrecht), womit sie endgültig abgefunden werden. Das dem Überlebenden verbleibende Gut kommt dann als sein freies Eigentum in die neue Ehe.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft steht an Stelle der Verfangenschaft häufig die fortgesetzte Gütergemeinschaft: der überlebende Gatte wird nicht Alleineigentümer, sondern die Kinder treten für den Verstorbenen in die Gemeinschaft ein. Die eheliche Gesamthand wird fortgesetzt, nur die Person eines Gesamthänders hat gewechselt. Dem überlebenden Gatten kommt die Stellung zu, die der Mann in der ehelichen Gesamthand einnimmt. Die Kinder können bei Gründung eigenen Hausstands Abschichtung verlangen, ebenso dann, wenn der überlebende Elternteil schlecht wirtschaftet und regelmäßig auch, wenn er wieder heiratet.

II. In der Neuzeit hat die Gütergemeinschaft keine grundsätzlichen Änderungen erfahren. Im Falle der Auflösung einer beerbten Ehe ist der Gedanke, das eheliche Gesamtgut zusammenzuhalten, in Kraft geblieben. Er wird nun meistens in Form der fortgesetzten Gütergemeinschaft verwirklicht. Während das mittelalterliche Verfangenschaftsrecht verfällt, begegnet auch bei beerbter Ehe ein Alleinerbrecht des Überlebenden, das ihm ein durch die Anwartschaftsrechte der Kinder beschränktes Eigentum verschafft. Manche Rechte haben endlich auch die Quotenteilung des Gesamtgutes zwischen dem überlebenden Gatten und den Erben des Verstorbenen auf die beerbte Ehe übertragen, wobei dem Überlebenden der Beisitz an den Quoten der Erben verblieb. Die Versuche der romanistischen Theorie, das Wesen der Gütergemeinschaft zu erklären, mußten scheitern. Sie war offenbar weder eine societas noch eine communio. Vorübergehend nahm man eine besondere juristische Person an, der das Ehevermögen gehöre. Erst das 19. Jahrhundert kam zur Erkenntnis des Gesamthandeigentums.

III. Auch **das geltende Recht** hat keine wesentliche Weiterbildung gebracht.

1. Die allgemeine Gütergemeinschaft macht alles Vermögen, das ein Gatte in die Ehe eingebracht hat oder in der Ehe erwirbt, zum Gesamthandseigentum der Gatten, die Errungenschaftsgemeinschaft

dagegen nur die eheliche Errungenschaft, die Fahrnisgemeinschaft die Errungenschaft und das gesamte bewegliche Vermögen. Neben dem Gesamtgut kennt die beschränkte Gütergemeinschaft noch eingebrachtes Gut beider Gatten, das nach den Grundsätzen der Verwaltungsgemeinschaft behandelt wird, sowie Vorbehaltsgut der Frau. Die allgemeine Gütergemeinschaft kennt Vorbehaltsgut beider Gatten; die Gegenstände eines Gatten, die nicht durch Rechtsgeschäfte übertragbar sind, werden Sondergut.

2. Das Gesamtgut ist gemeinschaftliches Vermögen der Gatten. Die Verwaltung steht dem Manne zu. Er nimmt die Gesamtgutssachen in seinen Besitz und kann über sie in eigenem Namen verfügen; Schenkungen und Verfügungen über das Gesamtgut sowie über Grundstücke kann er nur mit Zustimmung der Frau vornehmen. Die Frau ist Notverwalterin. Das Gesamtgut haftet für die Gesamtgutsverbindlichkeiten. Dazu gehören neben den selbständigen Gesamthandsschulden alle Schulden des Mannes sowie gewisse (für die einzelnen Güterstände verschieden bestimmte) Schulden der Frau. Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten haftet der Mann persönlich, nicht die Frau.

3. Endigt die Gütergemeinschaft, so tritt Halbteilung ein. Doch wird bei beerbter Ehe die allgemeine Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den gemeinsamen Abkömmlingen fortgesetzt. Das Abschichtungsrecht bei Gründung eigenen Hausstands ist den Kindern entzogen. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft fehlt naturgemäß bei der Errungenschaftsgemeinschaft, während sie bei der Fahrnisgemeinschaft vertraglich eingeführt werden kann. Die vertragliche Gütergemeinschaft des ABGB. 1233ff. tritt in der Regel nur für den Todesfall ein. An Grundstücken kann dem anderen Ehegatten durch Einverleibung ein dingliches Recht bestellt werden, 1236.

Schrifttum: Sandhaas: Fränkisches eheliches Güterrecht, 1866. — Mayer-Homberg: Studien zur Geschichte des Verfangenschaftsrechts I, 1913. — Berent: Die Zugewinnstgemeinschaft, 1915 (Gierkes Unters. 123). — Hradil in ZRG. G. 36, 1915, S. 459ff. — Tägert: Familienerbe in Friesland, 1937.

Zweiter Teil.

Das Kindschaftsrecht.

§ 88. Die eheliche Kindschaft.

I. Das Kindschaftsverhältnis.

1. Im älteren Recht kamen alle Kinder, die von einer muntunterworfenen Ehefrau geboren wurden, unter die väterliche Gewalt des Ehemannes ihrer Mutter. Die väterliche Munt leitete sich aus der Munt über die Mutter ab. Freilich hatte der Mann das Recht, das Kind unmittelbar nach der Geburt auszusetzen. Formell begann also die Muntgewalt erst mit dem Akt der Aufnahme des

Kindes, die dem Aussetzungsrechte ein Ende machte. Doch wurde die gleiche Rechtswirkung auch durch Pflegehandlungen herbeigeführt (oben § 14, I). Entscheidend war weiter nur die Geburt, nicht die Erzeugung des Kindes während der Ehe: auch vorehelich erzeugte Kinder der Ehefrau traten unter die väterliche Munt des Hausherrn. Auch die von Kebsfrauen geborenen Kinder kamen unter die Hausgewalt des Vaters, soweit die Mutter ihr unterstand. Verwandtschaftliche Beziehungen des Kindes mit dem Vater und seiner Verwandtschaft traten ein, wenn das Kind von der echten Ehefrau geboren war: es war ein eheliches Kind (lang. fulborn). Gleichgestellt wurde ihm das Kind der freien Kebsfrau, während Kinder unfreier Frauen keinerlei verwandtschaftliche Beziehungen besaßen. Die Rechtsstellung der Mutter bestimmte also die des Kindes.

Die ehelichen und ihnen gleichgestellten Kinder standen unter der Munt ihres Vaters. Sie waren in die Hausgemeinschaft des Vaters aufgenommen, waren daher unter Umständen mit diesem der hausherrlichen Gewalt ihres Großvaters unterworfen. Obwohl sie auch der mütterlichen Verwandtschaft angehörten, trat doch stärker als bei der Ehefrau die Schutzgewalt der Sippe gegenüber den Muntrechten des Vaters zurück. Der Vater hatte über die Person des Kindes eine weitgehende Verfügungsmacht. Er konnte das Kind willkürlich züchtigen, im Notfalle oder zur Strafe verkaufen und töten. Weiter konnte er über die Verehelichung der Kinder, die Verwendung ihrer Arbeitskraft, ihre Erziehung frei verfügen. Er hatte die Vertretung der Kinder im Prozeß, mußte aber auch für ihre Delikte mit seinem eigenen Vermögen haften, wie er andererseits die für ihre Verletzung fälligen Bußen einzog. Die Muntgewalt stand ausschließlich dem Vater, nicht der Mutter zu; doch war diese mit ihren Kindern verwandt, und die Sitte forderte den Gehorsam der Kinder auch ihrer Mutter gegenüber.

Die väterliche Gewalt endigte immer mit dem Ausscheiden des Kindes aus der väterlichen Hausgemeinschaft. Aber die Söhne schieden mit der Aufnahme in den Thingverband aus der Munt des Vaters aus, auch wenn sie in der Hausgenossenschaft verblieben; ebenso wirkte der Eintritt in eine Gefolgschaft; auch eine Adoption konnte in Frage kommen. Töchter schieden durch Eheschließung aus der väterlichen Gewalt aus (Heirat macht mündig).

2. Mit der Christianisierung der germanischen Stämme wurde das Aussetzungsrecht beseitigt. Es bedurfte daher der Aufnahme durch den Vater nicht mehr, um die Verwandtschaft mit dem Kinde zu begründen: das Kind wurde durch die Geburt auch mit dem Vater verwandt. Aber diese Rechtswirkung wurde nun auf die von der echten Ehefrau geborenen Kinder beschränkt. Die Kirche verwarf das Konkubinat, die Konkubinenkinder wurden den unehelichen gleichgestellt. Kinder aus Putativehen waren ehelich. Eine strengere Begrenzung der Ehelichkeit zeigt sich auch darin, daß manche mittelalterliche Rechte jetzt

auch die Erzeugung in der Ehe fordern. Zu früh oder nach Auflösung der Ehe zu spät geborene Kinder konnten an ihrem Rechte gescholten werden. Eine feste Begrenzung der Schwangerschaftsdauer (der Empfängniszeit) kennen die älteren Quellen noch nicht, später werden 40 Wochen genannt. Immer blieb dem Vater die Möglichkeit, die Ehelichkeit auch des zu früh geborenen Kindes durch Aufnahme anzuerkennen. Die spätmittelalterlichen Quellen fordern daher die Erzeugung in der Ehe nicht mehr. Jedes in der Ehe geborene Kind war jetzt ehelich, doch konnte der Vater die Ehelichkeit anfechten.

Die Rechtsstellung des Kindes ist durch die Anschauung des Christentums nicht verändert worden. Der Vater behielt während des ganzen Mittelalters die Muntgewalt über sein Kind in vollem Umfange. Er hatte das Züchtigungsrecht, das Recht, die Arbeit des Kindes in seinem Interesse zu verwerten; selbst das Recht, das Kind in echter Not zu verkaufen, wird noch bezeugt. Der Heiratszwang gegen die Töchter wandelte sich allerdings unter dem Einfluß der Kirche zu einem bloßen Einwilligungs- und Verloberrecht um. Aber durch die Isolierung der einzelnen Hausgemeinschaft und das Zurücktreten der Sippenrechte hat sich die väterliche Munt im Mittelalter eher im Sinne einer egoistischen Herrschaftsgewalt des Vaters verstärkt. Die ursprünglich unbeschränkte Haftung des Vaters für die unerlaubten Handlungen des Kindes mit seinem eigenen Vermögen beschränkte das Mittelalter auf das in der Hand des Vaters befindliche Vermögen des Kindes. Eine mütterliche Gewalt hat auch das Mittelalter nicht hervorgebracht. Aber die Gehorsamspflicht des Kindes der Mutter gegenüber wurde durch die Anschauungen des Christentums vertieft. So hatte die Mutter Sorge für die Person des Kindes und Erziehungsgewalt nach dem Vater. Starb der Vater, so stand vielfach der Witwe die Gewalt über die Kinder zu.

Im Mittelalter endigte die väterliche Gewalt nur noch durch Ausscheiden des Kindes aus der väterlichen Hausgemeinschaft, jetzt auch durch Eintritt in ein Dienstverhältnis. Die Bedeutung der Wehrhaftmachung war für die Söhne in Wegfall gekommen. Um die väterliche Gewalt ohne Abschichtung beendigen zu können, bediente man sich in fränkischer Zeit einer Scheinadoption durch einen Dritten, nach welcher der Adoptierte wieder in das väterliche Haus zurückkehrte. Im Mittelalter wurde zur Abschichtung des Sohnes vielfach ein gerichtlicher Akt verlangt (emancipatio iudicialis); er bestand in einer Vermögensauseinandersetzung und Auszahlung des Erbteils an den Sohn. Der Sohn wurde damit „aus Brot und Pflicht" getan (mettre hors de pain et pot). Die gerichtliche Emanzipation bewirkte partikulär die Beendigung der väterlichen Gewalt auch dann, wenn der Sohn im Hause des Vaters wohnen blieb. Ein Anspruch des volljährig gewordenen Sohnes auf Entlassung aus dem väterlichen Hause und Auszahlung hat sich nur vereinzelt entwickelt.

3. In der Neuzeit wird im allgemeinen nicht die Erzeugung in der Ehe, sondern nur die Geburt in der Ehe gefordert. Dem Vater bleibt die Möglichkeit, die Ehelichkeit des Kindes durch Erhebung einer Klage anzufechten. Für die Empfängniszeit setzen die neueren Rechte feste Termine an, sie reicht nach gemeinem Rechte vom 182.—300. Tage, nach ALR. vom 210.—302. Tage. Die Ehelichkeit eines in der Empfängniszeit geborenen Kindes wurde nach gemeinem Recht vermutet (pater est, quem nuptiae demonstrant). Die Vermutung konnte nur durch den Nachweis bestimmter Gegengründe widerlegt werden (z. B. Getrenntleben, Unmöglichkeit der Beiwohnung, nicht aber geschlechtlicher Verkehr der Frau mit einem Dritten). Auch nach geltendem Recht wird jedes in der Ehe geborene Kind als eheliches Kind behandelt, aber nur, wenn der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Dieses Erfordernis der Erzeugung durch den Ehemann wird aber durch die Vermutung, daß der Mann der Frau beigewohnt habe, wieder abgeschwächt. Der Mann muß nachweisen, daß die Frau das Kind nicht von ihm empfangen hat, oder daß eine solche Empfängnis offenbar unmöglich ist (1591, vgl. ZGB. 252ff.). Die Empfängniszeit läuft heute vom 181.—302. Tage, nach ZGB. und ABGB. 138 vom 180.—300. Tage.

Die Rechtsstellung des ehelichen Kindes hat sich in der Neuzeit gebessert. Die elterliche Gewalt des Vaters wird gelockert. Sein Züchtigungsrecht wird nur in mäßigen Grenzen aufrechterhalten, ABGB. 145, ebenso die Arbeitspflicht des Kindes. Der Vater soll seine Gewalt nicht mehr in seinem Interesse, sondern in dem des Kindes anwenden. Er hat nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Er soll bei der Erziehung, der Bestimmung des religiösen Bekenntnisses das Beste des Kindes im Auge haben. Seine Rechtsstellung beginnt sich in beschränktem Umfange der des Vormundes anzugleichen. Er wird einer freilich begrenzten Aufsicht der Obrigkeit unterstellt, die in gewissen Fällen einzugreifen hat, andererseits auch ihm ihre Hilfe zur Verfügung stellt. Eine mütterliche Gewalt neben der des Vaters haben die Kodifikationen aber nicht ausgebildet. Das geltende Recht geht von dem Begriffe der elterlichen Gewalt aus. Sie steht freilich in erster Linie dem Vater zu, der Mutter dagegen nur hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes, in vollem Umfange erst, wenn die Gewalt des Vaters untergegangen ist, ABGB. 141, 144, 198; BGB. 1627, 1634, 1684. Besser verleiht das ZGB. die Ausübung der elterlichen Gewalt beiden Eltern gemeinschaftlich (274). Eine Einmischung des Vormundschaftsgerichts in die Ausübung der elterlichen Gewalt hat nach BGB. nur in seltenen Fällen zu erfolgen, so z. B. bei Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte oder gröblicher Pflichtverletzung. Das ZGB. geht mit Recht viel weiter (282ff.), auch sichert es den Schutz der Kinder durch genaue inhaltliche Feststellung der Rechte und Pflichten der Eltern (§275ff.). Die Haftung

des Inhabers der elterlichen Gewalt gegenüber dem Kinde ist nach BGB. beschränkt (1664).

Nach englischem Recht werden Vater und Mutter als die Vormünder der minderjährigen Kinder behandelt (guardianship by nature). Die Vormundschaft wird Vater oder Mutter zugewiesen, wobei allein das Wohl des Kindes den Ausschlag gibt. Das Gericht hat das Recht, den Vormund zu überwachen und einen andern Vormund einzusetzen.

Die Beendigung der väterlichen Gewalt trat auch in der Neuzeit regelmäßig durch Ausscheiden aus dem väterlichen Haushalt (ABGB. 174), bei Töchtern durch Heirat ein (emancipatio iuris germanici oder Saxonica); weiter hielt man an der ausdrücklichen Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch Erklärung vor Gericht fest. Die neueren Rechte sind aber dazu übergegangen, die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit des Kindes zu beenden. So schon ABGB.172 und CC., so auch das BGB. Dieses hat die alten Beendigungsgründe ganz beseitigt. Das ZGB. hält dagegen den Satz „Heirat macht mündig" (so auch CC.) fest, während das BGB. bei Verheiratung einer minderjährigen Tochter nur die elterliche Gewalt einschränkt (1633).

II. Das kindschaftliche Güterrecht.

1. Schon im älteren Rechte waren die Kinder vermögensfähig. Am Vermögen des Vaters besaßen sie Wart- und Beispruchsrechte, aber auch eigenes Vermögen konnten sie besitzen. Ein durch Erbschaft oder Zuwendungen erworbenes Vermögen war Eigentum des Kindes. Aber der Vater hatte als Muntherr des Kindes auch die Gewalt über dessen Vermögen, er nahm das Kindesgut in seine Gewere, Verwaltung und Nutzung (Gewere zu rechter Vormundschaft). Die Gewere des Vaters hinderte das Kind an eigenen Verfügungen über sein Gut. Doch wurden solche Rechtsgeschäfte dem Kinde gegenüber wirksam, wenn es sie nicht nach erreichter Volljährigkeit rechtzeitig widerrief (oben § 16, I, 2). Die Verwaltungsbefugnis gab dem Vater das Recht, über die Fahrnis des Kindesguts frei zu verfügen, während Verfügungen über Liegenschaften der Zustimmung des Kindes bedurften, die das Kind bindend aber erst nach Erreichung der Volljährigkeit erteilen konnte. Die Nutzungen des Kindesgutes standen dem Vater zu. Regelmäßig gilt der Satz: Kindesgut soll weder wachsen noch schwinden, Kindes Gut ist eisern Gut. Der Vater konnte die Substanz des Kindesguts nur in Notfällen angreifen, er hatte es bei Beendigung der väterlichen Gewalt unverkürzt herauszugeben; nur durch Zufall entstandene Minderungen brauchte er nicht zu ersetzen. Erst im Spätmittelalter begegnen wir der Vorschrift, die nicht für das Kind verwendeten Früchte des Kindesvermögens diesem zuzuschlagen. Doch konnten die Kinder bei Beendigung der väterlichen Gewalt durch den Tod des Vaters in ungeteilter Gewere sitzen bleiben (darüber oben §§ 86, 87).

2. Nach der Rezeption wurde auf das Kindesvermögen die römische Pekulienlehre, wenn auch stark modifiziert,

zur Anwendung gebracht. Am unfreien Kindesvermögen (peculium adventicium regulare) stand dem Vater die Verwaltung und Nutzung wie bisher zu. Daneben wurde, zunächst in engen Grenzen, ein freies Kindesvermögen anerkannt, an dem der Vater nur die Verwaltung hatte. Der Umfang des freien Kindesvermögens ist durch die Kodifikationen erheblich erweitert worden (ABGB. 149, 151), er umfaßte im ALR. und CC. alles, was das Hauskind durch Bekleidung eines öffentlichen Amtes, durch wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit, durch Fleiß, Geschicklichkeit, Dienstleistungen bei andern erwarb. Dazu kam noch das peculium adventicium irregulare, die Zuwendung an das Kind unter ausdrücklicher Befreiung von der väterlichen Nutzung. Das BGB. hat darüber hinaus noch die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen zum freien Kindesvermögen gemacht (1650, 1651, vgl. schon ABGB. 151). Die Verwaltung des Kindesvermögens gewährt dem Vater das Recht, über bewegliche Sachen zu verfügen; einzelne Rechtsgeschäfte bedürfen der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts. Für Schulden des Kindes haftet nur dessen Vermögen. Während nach BGB. die Nutzungen des Kindesvermögens dem Vater zufließen (1652), bestimmen ABGB. 150 und ZGB. 293 ausdrücklich, daß sie in erster Linie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden sind. Dagegen läßt das ZGB. den Erwerb des Hauskindes an die Eltern fallen (295).

In England wird das Kindesvermögen nicht vom Vater, sondern von einem besondern Treuhänder verwaltet; eine Erbschaft des Kindes bleibt bis zur Volljährigkeit in der Verwaltung des Testamentsvollstreckers.

Schrifttum: v. Salis: ZRG. G. 7, 1887, S. 137. — Köstler: ZRG. G. 29, 1908, S. 79. — Fehr: Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, 1912. — Van Apeldoorn: Het vruchtgenot van de ouders in het oud-nederlandsche recht, Tijdskrift voor hedendaagse romeins-hollandse RG. 1, 1938, S. 165.

III. Die Einkindschaft (unio prolium). Seit dem 13. Jahrhundert finden sich besonders im fränkischen Rechtsgebiet Einkindschaftsverträge. Sie werden im Falle der Wiederheirat eines Elternteils zwischen den Kindern der ersten Ehe und den Gatten der neuen Ehe abgeschlossen mit dem Ziel, die Kinder der ersten Ehe (die Vorkinder) den zu erwartenden Kindern der neuen Ehe (den Nachkindern) vermögensrechtlich und erbrechtlich gleichzustellen. Die Vorkinder werden auch familienrechtlich als Kinder der neuen Ehe behandelt. In neuerer Zeit hat man den Vertrag auf erbrechtliche Wirkungen beschränkt. Das ALR. hat die Einkindschaft noch anerkannt, das geltende Recht hat sie beseitigt, ABGB. 1259.

Schrifttum: H. Meyer: Die Einkindschaft, 1900.

§ 89. Die uneheliche Kindschaft.

I. Die Rechtsstellung der Unehelichen.

1. Das ältere Recht anerkannte nicht nur mehrere echte Ehen eines Mannes nebeneinander, sondern auch andere dauernde Geschlechtsverbindungen mit freien Frauen. Kinder aus solchen Kebsehen oder Friedelehen (ahd. hornung, mhd.

kebeskint, banchart, mlat. bastardus) wurden durch die Aufnahme des Vaters eheliche Kinder mit deren vollen Rechten. Die Bastarde der Merowinge waren voll erbberechtigt und thronfolgefähig, ebenso günstig war die Lage der Kebskinder im langobardischen Recht. Anders war die Rechtsstellung der Kinder aus nur gelegentlicher Geschlechtsverbindung, der unehelichen Kinder im engeren Sinne. War die Mutter ein freies Weib, so trat das Kind in die Verwandtschaft zur Mutter und der Muttersippe ein, nicht dagegen regelmäßig zum Vater; doch konnte der Vater wohl auch einem solchen Kind durch Aufnahme in sein Haus die Stellung eines ehelichen Kindes verschaffen. War die Mutter dagegen ein unfreies Weib, so wurde das Kind unfrei (das Kind folgt der ärgeren Hand) und im Rechtssinne nicht einmal mit seiner Mutter verwandt.

2. Schon in spätfränkischer Zeit hat der Einfluß der Kirche, die alle außerehelichen Geschlechtsverbindungen verdammte, die Rechtsstellung der Kebskinder geschmälert und sie allmählich den unehelichen Kindern gleichgestellt. Andererseits wurde die Verwandtschaft der unehelichen Kinder unfreier Frauen mit ihrer Mutter jetzt anerkannt. Unehelich waren sonach nun alle nicht von einer echten Ehefrau geborenen Kinder. Die rechtliche Stellung der Unehelichen sank im Mittelalter immer tiefer. Sie verloren meist das Erbrecht gegen den Vater, wenn auch nicht das gegen die Mutter, denn es galt der Satz, daß kein Kind seiner Mutter Kebskind sei (nul n'est bâtard de sa mère). Nur das sächsische Recht machte eine Ausnahme. Hier war ihnen selbst das Erbrecht gegen ihre Mutter entzogen. Überall waren sie weiter thronfolgeunfähig. Die Zünfte der mittelalterlichen Städte schlossen sich seit dem 14. Jahrhundert gegen sie ab. Sie erschienen in der Ehre gemindert. Doch zeigt das spätmittelalterliche Recht insofern eine Wendung zum Besseren, als den Unehelichen vielfach ein Unterhaltsanspruch gegen die Mutter, aber auch gegen den Vater zuerkannt wurde. Auch konnte der Vater in manchen Rechten seinem unehelichen Kinde eine Schenkung machen, ohne der Zustimmung der nächsten Erben zu bedürfen (sog. Hornungsgaben).

3. Erst mit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts begann die gesellschaftliche Ächtung der Unehelichen zu verschwinden. Eine rechtliche Besserstellung hat sich aber nur langsam durchgesetzt. Noch der CC. schloß jede Erforschung der Vaterschaft aus (la recherche de la paternité est interdite, 340; sog. Maternitätsprinzip). Dagegen siegte in Deutschland jetzt allgemein das Paternitätsprinzip (in Frankreich erst 1912): erkennt der Vater freiwillig die Vaterschaft an, so ist er dem Kinde unterhaltspflichtig, und ebenso liegt es, wenn der Vater zur Anerkennung der Vaterschaft verurteilt worden ist (Paternitätsklage). Die Alimentationspflicht beruht auf der Verwandtschaft. Zeitweise leitete die Theorie sie aus Delikt, dem Beischlaf mit der Mutter, her;

daher haben manche Rechte mehrere Beischläfer als Gesamtschuldner alimentationspflichtig gemacht. Meist aber wurde der Paternitätstheorie entsprechend die Einrede der mehreren Zuhälter zugelassen. Der Beweis der Vaterschaft wurde durch den Nachweis der Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit geführt. Bevorzugt waren vielfach Brautkinder, vorausgesetzt, daß die Eheschließung ohne Schuld der Mutter unterblieben war. Sie hatten meist den Anspruch auf das väterliche Erbe und den väterlichen Namen, zum Teil sogar auf Gleichstellung mit den ehelichen Kindern.

Mit seiner Mutter ist das Kind in allen neueren Rechten verwandt. Während aber noch das ALR. die Verwandtschaft nur in dieser Begrenzung anerkennt, dehnen die meisten Rechte sie auf die Muttersippe aus. Das Kind führt den Namen der Mutter. Die Mutter ist unterhaltspflichtig; die elterliche Gewalt übt sie regelmäßig nur neben einem Vormund, meist dem Vater der Mutter, aus.

4. Im geltenden Recht hat das Kind der Mutter gegenüber die rechtliche Stellung eines ehelichen (BGB. 1705, ABGB. 754, ZGB. 302, 461 Abs. 1). Der Vater ist nach BGB. bis zum 16. Lebensjahre (1708), nach ZGB. bis zum 18. Lebensjahre (319) unterhaltspflichtig, und diese Unterhaltspflicht beruht auf der Verwandtschaft (vgl. 1310); aber Vater und Kind gelten nach BGB. nicht als verwandt (1589 Abs. 2). Anders das ZGB. Hier entsteht das Verhältnis der außerehelichen Verwandtschaft zwischen Vater und Kind (ähnlich schon ABGB. 166, 169, 1. Teilnovelle), wenn der Vater das Kind anerkennt (303) oder wenn es ihm mit Standesfolge zugesprochen wird (323). Dann erhält es den väterlichen Namen und die Ansprüche eines ehelichen Kindes (325). Die Paternitätsklage steht nach BGB. nur dem Kind, nach ZGB. auch der Mutter zu (307). Die Beiwohnung in der Empfängniszeit begründet die Vermutung der Vaterschaft. Die Einrede der mehreren Zuhälter ist im BGB. festgehalten (1717, nicht in ABGB. 163, vgl. ZGB. 315). Die Mutter hat nur die persönliche Fürsorge für das Kind, aber nicht die elterliche Gewalt. Es ist ein Vormund zu bestellen; heute tritt grundsätzlich die Amtsvormundschaft des Jugendamtes ein, Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922, §§ 35, 40.

Die RV. Art. 121 verheißt die Angleichung der unehelichen Kinder an die ehelichen. Zu erstreben ist die Ausdehnung der Unterhaltspflicht über das 16. Lebensjahr hinaus, die Gewährung eines Erbrechts gegen den Vater, die Ersetzung der Einrede der mehreren Zuhälter.

In England war das uneheliche Kind (bastard) bis 1927 weder mit Vater noch Mutter verwandt, hatte keinerlei Erbrechte, trug nicht den Namen seiner Mutter. Es war filius nullius. Heute wird es im Verhältnis zur Mutter im Erbrecht wie ein eheliches Kind behandelt. Die Mutter hat die Unterhaltspflicht. Der Erzeuger kann durch eine affiliation order zur Zahlung von Beiträgen an die Mutter angehalten werden.

Schrifttum: Wilda: ZDR. 15 (1855), S. 237. — Maurer: SB. Münch. 1883, S. 3. — Brunner: ZRG. G. 17, 1896, S. 1. — Sickel: ebd. 24. 1903, S. 110. — Bücklíng: Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, 1920 (Gierkes Unters. 129). — Geipel: Die Stellung des unehelichen Kindes in den Magdeburger Rechtsquellen, Jenaer Diss. 1924.

II. Die Legitimation der Unehelichen.

1. Dem älteren Recht war eine Legitimation, weil überflüssig, unbekannt. Als im Mittelalter infolge der Verschlechterung der Rechtsstellung der Unehelichen ein Bedürfnis nach Legitimierung entstand, drangen zwei vom römischen Recht entwickelte Formen in Deutschland ein. Einmal wurde die legitimatio per rescriptum principis, welche die Päpste schon im 12. Jahrhundert übernommen hatten, seit Friedrich II. von den deutschen Königen und den von ihnen bevollmächtigten Fürsten angewandt; ein Erbrecht gegen die Verwandten erlangten die Legitimierten nicht. Langsam nur setzte sich die Legitimation durch nachfolgende Eheschließung der Eltern (legitimatio per subsequens matrimonium) durch; man hielt vielmehr an dem alten Brauch einer Einhüllung der Kinder in den Mantel der Mutter bei der Einsegnung der Ehe fest (Mantelkinder), wohl einer Form der Wahlkindschaft (unten § 90). Erst nach der Rezeption verschwand der Brauch, und die Legitimation trat mit der Eheschließung der Eltern ohne weiteres ein. Doch blieb das so legitimierte Kind in Norddeutschland von der Verwandtschaft mit der väterlichen Familie ausgeschlossen. Der hohe Adel hat die Legitimation dauernd abgelehnt.

2. Das geltende Recht läßt durch die Ehelichkeitserklärung nur zwischen Vater und Kind ein Erbrecht entstehen, das Kind wird mit den Verwandten des Vaters nicht verwandt (1723ff., so auch ABGB. 162). Das ZGB. kennt eine richterliche Ehelichkeitserklärung nur in Fällen, wo die versprochene Ehe unmöglich wird (260), sie ersetzt nur die unmöglich gewordene Legitimation durch nachfolgende Ehe. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist allgemein anerkannt. Das Kind erhält die volle Stellung eines ehelichen Kindes (BGB. 1719, ABGB. 161, ZGB. 258).

In Frankreich ist die Legitimation durch Reskript abgeschafft. Durch nachfolgende Ehe werden nur anerkannte Uneheliche legitimiert (CC. 331). In England ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe erst seit 1927 rechtens. Legitimation durch Parlamentsakt ist zulässig, aber nicht praktisch.

Schrifttum: Kogler: Die legitimatio per rescriptum, 1904. — Derselbe in ZRG. G. 25, 1904, S. 94ff. — Gougaud: La légitimation des enfants sub pallio, Tijdschr. 7, 1926, S. 38. — Weitnauer: Die Legitimation des außerehelichen Kindes in den Germanenrechten des Mittelalters, 1940.

§ 90. Die Wahlkindschaft.

I. Das ältere Recht. Eine Annahme an Kindes Statt war den Germanen schon in frühester Zeit bekannt. Sie erscheint in den fränkischen Quellen als Affatomie, d. h. als Aufnahme in den fathum, den engeren Kreis, die Hausgemeinschaft. Doch ist sie hier aus einem familienrechtlichen bereits zu einem vermögensrechtlichen Geschäft, der Grundstücksübereignung, geworden. Der neue Grundstückseigentümer bewirtete den Wahlvater und mehrere Zeugen, um die Rechtsänderung erkennbar zu machen. Anderwärts

begegnen die Rechtsformen der Haarschur (capillaturiae), der Waffenreichung; ob auch Einhüllung in den Mantel (oben § 89), Kniesetzung, Schoßsetzung usw. hierher gehören, ist bestritten. Nordische Rechte entwickelten eine Geschlechtsleite (aettleiding) durch Schuhsteigung. Die Wirkung der Wahlkindschaft war Begründung eines Erbrechts zwischen dem Wahlvater und dem Wahlkind. Dagegen wurden zwischen dem Wahlkind und den Verwandten des Wahlvaters keine verwandtschaftlichen Beziehungen geschaffen. Im Mittelalter ist die Wahlkindschaft in den alten Formen verschwunden.

II. Die römische Adoption begann schon im späteren Mittelalter in Deutschland einzudringen. Man entwickelte hier aus römischen und deutschen Ideen das neue Rechtsinstitut der Wahlkindschaft (Ankindung), das der römischen adoptio minus plena entsprach. Eine große Bedeutung hat es nicht erlangt, der hohe Adel hat es nicht angenommen. Erforderlich war ein Vertrag unter staatlicher Mitwirkung. Der Annehmende mußte in höherem Alter und jedenfalls erheblich älter sein als das Wahlkind (15—18 Jahre). Nur das Wahlkind erlangte ein Erbrecht, nicht der Annehmende, doch waren beide Parteien unterhaltspflichtig. Das Wahlkind trat nicht in die Familie des Annehmenden ein und schied nicht aus seiner Familie aus. Das entspricht auch dem geltenden Recht (BGB. 1741ff., ABGB. 179ff., ZGB. 264ff.), nur erlangt heute der Annehmende mit der elterlichen Gewalt auch das Nutzungsrecht am Vermögen des minderjährigen Adoptivkindes (1757, ZGB. 268).

In England ist die Adoption erst seit 1927 zulässig.

Schrifttum: Pappenheim: ZRG. G. 29, 1908, S. 304; derselbe in Brunner-Festgabe 1910, S. 1. — Rietschel bei Hoops I, S. 38. — H. Meyer: Rasse und Recht, 1937 (FDR. II, 3), S. 124. — Erler: Das Ritual der nordischen Geschlechtsleite, ZRG. G. 64, 1944, S. 86. — Kühn: Philologisches zur Adoption bei den Germanen, ZRG. G. 65, 1947.

Dritter Teil.

Das Vormundschaftsrecht.

§ 91. Das Vormundschaftsrecht.

I. Das ältere Recht. Für Personen, die, ohne der ehemännlichen oder väterlichen Munt zu unterliegen, der Selbstmündigkeit nicht fähig waren, hat schon die älteste Zeit eine Vormundschaft entwickelt. Der Vormundschaft unterstanden also die vaterlosen Minderjährigen und die Greise, unverheiratete Frauen, die körperlich Gebrechlichen und die Geisteskranken. Die größte Bedeutung kam in der älteren Zeit der Altersvormundschaft und der Geschlechtsvormundschaft zu.

1. Trägerin der Vormundschaft war in ältester Zeit die Sippe, die sie mit gesamter Hand ausüben konnte. Aber die Sippe hat schon früh die Ausübung der Vormundschaft zum Teil oder ganz einem Sippenmitglied übertragen, das sie

als Treuhänder der Sippe verwaltete. Regelmäßig trat dann der Mündel in die Hausgemeinschaft des Beauftragten ein und wurde so seiner Hausgewalt unterstellt. Beauftragt wurde naturgemäß der nächste Mage des Mündels. In der Zeit der Volksrechte war es meist der nächste Schwertmage, also der Großvater väterlicherseits, der Vatersbruder usw. Doch wurden in manchen Rechten die eheliche Mutter oder andere weibliche Verwandte nach dem Tode des Vaters von der Sippe zum Vormund der Kinder ernannt. Je mehr sich der Verband der Sippe auflöste, um so kräftiger trat der Anspruch der nächsten Schwertmagen hervor, die Bevormundung des Fürsorgebedürftigen zu übernehmen. Der Schwertmage wurde so Vormund kraft der Nähe der Verwandtschaft, geborener Vormund (ahd. foramundo, muntporo). Die alte Gesamtvormundschaft der Sippe wurde durch eine Individualvormundschaft abgelöst. Damit wurde die Sippe auf eine bloße Beaufsichtigung des Vormunds beschränkt. Ihre Vormundschaft wandelte sich zur Obervormundschaft, die sich freilich zum Teil noch bis ins Mittelalter bei der Heirat von Mündeln, Verwaltung von Mündelgut, ja sogar beim Ersatz eines untauglichen Vormunds kräftig betätigte.

2. Der Inhalt der vormundschaftlichen Gewalt der Sippe war Schutz und Macht. In erster Linie stand das Schutzverhältnis. Die Sippe hatte ihre Fürsorgebedürftigen in erhöhtem Maße gegen Angriffe von außen zu schützen, sie im Prozeß zu vertreten, sie zu unterstützen. Die Straf- und Zwangsgewalt der Sippe, z. B. der Heiratszwang, war ihnen gegenüber verschärft. Solange der Vormund nur als Treuhänder der Sippe waltete, ging seine Macht nicht darüber hinaus. Sobald aber die Stellung des Vormunds gegenüber der Sippe durch sein Geburtsrecht gefestigt war, veränderte die Vormundschaft ihren Charakter. Das in die Hausgemeinschaft aufgenommene Mündel erschien der Macht des Hausherrn als solchem unterstellt. Das Recht des Vormunds nahm die Züge der väterlichen Muntgewalt an. Zuerst beanspruchte der Vaterbruder als Vormund, dann der Vormund insgemein ein Züchtigungsrecht gegen den Mündel. Das Vermögen des Mündels nahm der Vormund in seine vormundschaftliche Gewere. Er hatte die Verwaltung und konnte über die Fahrnis verfügen; Verfügungen über Liegenschaften konnte der Mündel widerrufen, sobald er mündig geworden war. Die Nutzungen des Vermögens flossen jetzt dem Vormund zu. Die Interessen des Vormunds gingen denen des Mündels vor. Freilich sollte der Vormund auch hier das Gut nach Beendigung der Vormundschaft unverkürzt herausgeben: Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden. Aber während der Dauer der Vormundschaft war der Vormund dem Mündel zu keiner Rechnungslegung verpflichtet. Andererseits mußte der Vormund jetzt für die Delikte des Mündels in vollem Umfange auch mit seinem eigenen Vermögen haften.

II. Seit dem 13. Jahrhundert hat die Vormundschaft erhebliche Wandlungen erlebt. Die Anfänge davon liegen freilich schon weit frü-

her und knüpfen unmittelbar an die Lockerung des Sippenverbandes in spätfränkischer Zeit an. Der fränkische König erklärte sich zum Schutzherrn der Witwen und Waisen; die allgemeine Fürsorge für sie wurde als Aufgabe des Staates erkannt. Aber die praktische Durchführung des Fürsorgegedankens in der Vormundschaft war erst in den wesentlich veränderten Verhältnissen der mittelalterlichen Städte möglich.

In England wahrte sich der König im Mittelalter die Stellung als Obervormund. Die Königsgerichtsbarkeit war so stark, daß im Einzelfall ein besonderer guardian ad litem bestellt werden konnte. Die Familienvormundschaft trat damit früh zurück.

1. Träger der Vormundschaft konnte jetzt auch ein gekorener Vormund sein. Die Auflösung der Verwandtschaft war so weit gediehen, daß es dem Vater gestattet war, letztwillig über die Bevormundung seiner Kinder zu verfügen. Er konnte einen beliebigen Dritten zum Vormund bestellen und den Verwandten damit die Vormundschaft entziehen. Auch der verwitweten Mutter, ja dem Mündel selbst wurde vielfach die Wahl des Vormunds überlassen. Weiter nahm nun die Obrigkeit, besonders der Rat der Städte, die Überwachung der Vormünder auf sich. Die Städte erließen Vormundschaftsordnungen, setzten zum Teil sogar selbständige Vormundschaftsbehörden ein, denen die Aufsicht übertragen wurde. Und die Obervormundschaft der Obrigkeit drang bald so weit durch, daß selbst die Ernennung des Vormunds und die Absetzung eines schlechten Vormunds (balemund) von ihr ausgehen konnte. Der Richter sollte jetzt, wenn ein Bevormundungsfall eintrat, den Vormund von Amts wegen einsetzen, so z. B. auch, wenn der Vater in ein Kloster eintrat oder nach dem Tod der Frau eine neue Ehe einging. Noch weiter gehend begann die Obrigkeit, auch die Persönlichkeit des geborenen oder gekorenen Vormunds zu prüfen; Frauen, Fremde, Geistliche, rechtlose Leute wurden zur Vormundschaft nicht zugelassen. So griff die Auffassung Platz, daß auch der geborene und gekorene Vormund der Einsetzung in die Vormundschaft durch die Obrigkeit bedürfe.

Eine Sicherstellung des Mündels suchte man manchenorts durch Bestellung mehrerer Vormünder zu erreichen: neben einen väterlichen stellte man einen mütterlichen Verwandten, neben einen geborenen Vormund einen obrigkeitlich ernannten.

2. Der Inhalt der vormundschaftlichen Gewalt war nun durch den Fürsorgegedanken beherrscht. Die Vormundschaft bestand ausschließlich im Interesse des Mündels. Dem Vormund verblieben daher nicht mehr die Früchte des Mündelvermögens; sie waren vielmehr diesem zuzufügen. Andererseits fiel die Pflicht des Vormunds, für den Unterhalt des Mündels aus eigenem Vermögen zu sorgen, weg. Er konnte daher auch im Bedürfnisfalle das Mündelvermögen angreifen. Der Satz: Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden, war aufgegeben. Dazu kam, daß der Vormund nun als gesetzlicher Vertreter des Mündels anerkannt war und daher mit Wirkung für und gegen den Mündel Rechtsgeschäfte

abzuschließen vermochte. Sogar über Liegenschaften des Mündelvermögens konnte er verfügen und durch Aufnahme von Schulden den Mündel verpflichten. So war der Mündel stärker gefährdet als früher, daher die Beaufsichtigung des Vormundes notwendiger. Nicht mehr allein bei Beendigung der Vormundschaft, sondern auch während ihrer Dauer war der Vormund jetzt rechenschaftspflichtig. Die Vormundschaft war zu einem Amt geworden. Ihre Übernahme war kein Recht, sondern eine Pflicht. Nur bestimmte gesetzliche Gründe berechtigten zur Ablehnung.

III. Die Neuzeit hat den im Mittelalter erwachsenen Charakter der Vormundschaft als Amtsvormundschaft festgehalten. Die Rezeption des römischen Rechts hat keine Änderung gebracht. Nur dort, wo die beiden Alterstermine des sächsischen Rechts galten, schied man zeitweise cura und tutela. Im übrigen blieb der Vormundschaft ihr einheitlicher Charakter gewahrt. Während die Geschlechtsvormundschaft allmählich beseitigt wurde (oben § 16, III), hat die neuere Zeit neben die Altersvormundschaft und die Vormundschaft über entmündigte Geisteskranke (oben § 16, II, 2) noch die Vormundschaft über Verschwender und Trunksüchtige gestellt. Altersvormundschaft findet nach geltendem Recht nur noch statt, wenn die elterliche Gewalt von Vater und Mutter weggefallen ist.

Das Vormundschaftsrecht ist in den Grundzügen von den Reichspolizeiverordnungen von 1548 und 1577 geordnet worden. Der Schwerpunkt aber lag in den Vormundschaftsordnungen der Landesgesetzgebung. Das geltende Recht schließt sich an die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 an.

1. Träger der Vormundschaft ist der von der Obrigkeit bestellte Vormund. Das Gericht hat von Amts wegen die Vormundschaft anzuordnen. Verwandte, Geistliche, Standesbeamte sind verpflichtet, vormundschaftsbedürftige Personen anzuzeigen und den Richter bei der Auswahl eines geeigneten Vormunds zu unterstützen. In erster Linie hat der Richter die von den Eltern benannte Person, sonst einen tauglichen Verwandten zu bestellen; mangelt es an beiden, so hat er von Amts wegen eine geeignete Person auszuwählen und zu ernennen (tutela testamentaria, legitima, dativa). Dem entspricht im ganzen die Regelung des ABGB. (187, 190, 196ff.) und des BGB. (1776, 1779), während das ZGB. die Behörde bei der Auswahl des Vormunds freier stellt (380, 381). Die Annahme der Vormundschaft kann nur aus gesetzlichen Gründen abgelehnt werden (ABGB. 195, BGB. 1786 [neue Fassung von 1922], ZGB. 383). Unfähig zur Übernahme der Vormundschaft waren in der Neuzeit u. a. Geschäftsunfähige, Gemeinschuldner, Geistliche, Beamte, Fremde und vor allem Frauen. Das hat das BGB. wesentlich modifiziert, vor allem sind Frauen zugelassen (auch 1783 ist seit 1922 aufgehoben). Vgl. ZGB. 384, ABGB. 192f.

Aus dem französischen Recht kam in das geltende Recht das Institut des Gegenvormunds (BGB. 1792) und des Familienrats (BGB. 1858ff., ZGB. 362ff.). Im Familienrat hat sich die Obervormundschaft der Sippe erhalten. Er ist heute fakultativ.

2. Der Inhalt der vormundschaftlichen Gewalt entspricht in der neueren Zeit dem des spätmittelalterlichen Rechts. Die Vormundschaft ist Amtsvormundschaft. Der amtliche Charakter wird immer stärker betont. Die Vormundschaftsbehörde, jetzt meist das Gericht, erhält immer weiter gehende Rechte der Kontrolle und der Mitwirkung bei rechtsgeschäftlichen Akten des Vormunds. Im Zeitalter des Polizeistaats verliert der Vormund geradezu die selbständige Verwaltung der Vormundschaft, er hört auf, Vertreter des Mündels zu sein und wird zum ausführenden Organ der Vormundschaftsbehörde (ALR.). Im 19.Jahrhundert geht man davon wieder ab. Der Vormund erhält wieder die selbständige Führung der Vormundschaft. Die Vormundschaftsbehörde hat nur das Recht der Aufsicht und der Genehmigung in wichtigeren Angelegenheiten. Der Vormund ist gesetzlicher Vertreter des Mündels. Ihm steht die Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels zu. So BGB. 1793ff., ZGB. 367, 398ff., ABGB. 216, 222.

3. Die Amtsvormundschaft. Vorstände staatlicher Erziehungs- oder Verpflegungsanstalten oder sonstige Beamte konnten nach Landesrecht mit der Vormundschaft über Minderjährige betraut werden, deren Erziehung ihrer Aufsicht unterstellt war (EG. BGB. 136). Jetzt hat das Reich die Berufsvormundschaft im Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922 neu geordnet. Dies Gesetz führt unter Schaffung des Jugendamtes eine gesetzliche Amtsvormundschaft über alle Unehelichen des Bezirkes ein (§ 35, s. o. § 89, I, 4), sowie eine bestellte Amtsvormundschaft, wodurch das Jugendamt für eheliche Minderjährige unter Ausschluß der Berufenen zum Vormund bestellt werden kann. Das österreichische Recht kennt eine Anstalts- und Generalvormundschaft, ABGB. 207 und 208 mit Gesetzen von 1916 und 1928.

4. Neben der Vormundschaft haben neuere Rechte eine Pflegschaft entwickelt. Dem Pfleger wurde die Besorgung einzelner Angelegenheiten übertragen, die dem Inhaber der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft entzogen waren. Neben diese Form der Pflegschaft stellte sich die Pflegschaft für Abwesende, für die Leibesfrucht, für Gebrechliche usw. Das BGB. hat die Pflegschaft beibehalten und noch auf andere Fälle ausgedehnt (1909ff.). Das ZGB. nennt sie Beistandschaft (392ff.), das ABGB. Kuratel (269ff.).

Schrifttum: Kraut. Die Vormundschaft, 3 Bde., 1835/59. — Rive: Geschichte der deutschen Vormundschaft, 2 Bde., 1862/75. — Georgi: Wohlfahrtsblätter der Stadt Nürnberg, 7, 1928. — Stutz: Schwäbisches und burgundisches Recht im Kampf um die Vormundschaft über Anna von Kiburg, Welti-Festschrift 1937. — Van Iterson: Vrowenvoogdij. Tijdschr. 14, 1936; 15, 1937.

Erbrecht.

§ 92. Entwicklung des Erbrechtes.

I. Die älteste Zeit kennt kein Erbrecht im Sinne eines individuellen Anspruchs auf fremde Hinterlassenschaft. Vielmehr ist alles Gut in der Hausgemeinschaft gebunden. Durch den Tod eines Hausgenossen wird an den vermögensrechtlichen Verhältnissen nichts geändert. Sein Anteil wächst den übrigen Gesamthändern an. Anwachsung tritt auch ein, wenn der Hausherr selbst stirbt. Nur übernimmt der Sohn dann (neben der Pflicht des Totenkults) die Hausgewalt kraft Geburtsrechts. Keinem Hausgenossen ist es daher erlaubt, über Vermögensgegenstände letztwillig zu verfügen: nullum testamentum. Solus deus heredem facere potest, non homo. Vielmehr muß alles Vermögen der Hausgemeinschaft verbleiben. Wenn diese ausstirbt, gewiß in germanischer Zeit ein seltener Fall, fällt das Vermögen der Sippe heim.

II. Fränkische Zeit und Mittelalter. Aber schon in ältester Zeit bilden die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenstände Sondergut des einzelnen: das Heergewäte des Mannes (Kleider, Waffen, Streitroß), die Gerade der Frau (Kleider, Schmuck). Diese Gegenstände werden ursprünglich dem Toten mit ins Grab gegeben. Aber schon in fränkischer Zeit verschwindet diese Sitte unter dem Einfluß der Kirche, und so wird Heergewäte und Gerade nun, soweit nicht der Erblasser über sie rechtmäßig verfügte (unten § 98), einer selbständigen Erbfolge unterstellt. Das Heergewäte fällt an die Söhne oder die nächsten Schwertmagen des Mannes, die Gerade an die nächste weibliche Verwandte der Frau.

Auch das Hausvermögen beginnt sich in einzelne Vermögensmassen aufzulösen. Schon der ältesten Zeit gehört die Scheidung in Liegenschaften und Fahrhabe an. Nur an der Fahrhabe werden die Weiber beteiligt, vom Anteil an den Liegenschaften sind sie ausgeschlossen. Als sich das seit dem 6. Jahrhundert zu ändern beginnt, bleibt doch die Erbschaft in Fahrhabe und Liegenschaften verschieden geregelt (wie in England noch heute). Die Auflösung geht aber noch weiter. Für Wittum und Morgengabe der Ehefrau entwickelt sich ein Sondererbgang nach dem Gedanken, daß das Gut wieder dahin zurückfallen soll, wo es herkam (oben § 85). Auch die Liegenschaften werden in verschiedene Vermögensmassen geschieden, die einen eigenen Erbgang gehen: landrechtliches Eigen und Stammgüter, Lehen und Familienfideikommisse, Erb- und Kaufgüter.

Das so entstehende Erbrecht an Sondervermögen, worin sich die einzelne Erbschaftsmasse auflöst, gibt dem deutschen Erbrecht der fränkischen Zeit und des Mittelalters sein Gepräge. Das römische Erbrecht geht vom Erben aus. Der Sohn setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, er tritt in seine gesamten Rechtsbeziehungen ein. Die Auflösung des Hausvermögens macht für das deutsche Recht diese Auffassung unmöglich. Es geht vom Nachlaß aus, der sich mit dem Erbfall in einzelne Vermögensmassen gruppiert und dementsprechend verschiedene Wege geht; ein Weiterleben der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers kann nicht gedacht werden. Dennoch ist auch die deutsche Erbfolge keine Erbfolge in einzelne Sachen, sondern in Vermögensinbegriffe, also Universalsukzession. Auch wenn dem einzelnen Erben nur ein Teil des Nachlasses anfällt, so geht er doch als objektive Einheit auf ihn über. Daher hat auch der Erbe eine Erbschaftsklage, die auf Herausgabe des ganzen ihm zufallenden Sondervermögens, nicht des einzelnen Gegenstandes gerichtet ist.

Trotz der Auflösung des Hausvermögens hielt man daran fest, daß das Erbe in erster Linie im engeren Kreise der Hausgemeinschaft zu verbleiben habe. Aber schon hier machte sich wegen der verschiedenen Behandlung von Fahrhabe und Liegenschaften eine besondere Verteilungsordnung nötig. Von weit größerer Bedeutung war sie, sobald Nachlaßteile aus dem engeren Bereiche der Hausgemeinschaft an die weiteren Verwandten zu reichen waren. Denn das alte Heimfallsrecht der Sippe setzte sich in fränkischer Zeit nur in bezug auf Liegenschaften als Heimfallsrecht der Gemeinde fort. Im übrigen war eine die Vater- und Muttermagen umfassende Verteilungsordnung entstanden, die für die einzelnen Sondervermögen getrennte Erbansprüche schuf. Entscheidend war in erster Linie die Nähe der Verwandtschaft: Je näher dem Blut, je näher dem Gut. Und diese Ansprüche konnten noch während des ganzen Mittelalters grundsätzlich nicht durch letztwillige Verfügung des Erblassers beseitigt werden. Selbst Rechtsgeschäfte unter Lebenden fanden am Erbenwartrecht ihre Grenzen, wie auch Verfügungen über Fahrnis auf dem Siechbette unwirksam waren. Das Erbrecht war gesetzliches Erbrecht, Verwandtenerbrecht. Der Erbe wurde durch objektiven Rechtssatz bestimmt.

III. Im späteren Mittelalter dringt, zuerst in den Städten, eine Umgestaltung des Erbrechts durch. Die Auflösung des Nachlasses in Sondervermögen verschwindet. Heergewäte und Gerade, Wittum und Morgengabe beginnen in den Städten nicht mehr gesondert vererbt zu werden. Auch Erbgut wird als Kaufgut behandelt und beide dem Erbrecht an Fahrnis unterstellt. Der Nachlaß wird zur Einheit, er wird einheitlich vererbt. Zu gleicher Zeit wird eine gewillkürte Erbfolge durch Testament oder Erbvertrag zulässig (unten § 99). Der Erblasser kann über seinen Nachlaß nach Belieben verfügen.

Damit hat das deutsche Recht die wesentlichsten Grundgedanken des modernen Erbrechts aus sich selbst heraus gestaltet. Die Rezeption des römischen Rechts hat nichts wesentlich Neues hinzugefügt. Das römische Erbrecht beruht auf dem Gedanken der Intestaterbfolge, der sich aus der Absolutheit seines Eigentumsbegriffs ergibt: der Erblasser kann nach freiem Belieben über seinen Nachlaß verfügen; hat er nicht verfügt, so ergibt sich die gesetzliche Erbfolge aus dem mutmaßlichen Willen des Erblassers. Dieser Gedanke blieb dem deutschen Erbrecht fremd. Trotz Zulassung der gewillkürten Erbfolge ist sie immer die Ausnahme. Die Regel ist die gesetzliche Erbfolge, die auf der Verwandtschaft beruht: Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben. Die gesetzliche Erbfolge kann also nicht mit dem mutmaßlichen Willen des Erblassers begründet werden.

Auch der römische Gedanke der Generalsukzession ist nur modifiziert aufgenommen worden. Wenn auch der Nachlaß regelmäßig im ganzen vererbt wurde, so handelte es sich doch nicht um eine einheitliche Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers. Der Satz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest wurde abgelehnt. Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge konnten nebeneinander bestehen. Auch die Schuldenhaftung fand daher eine andere Regelung als im römischen Recht. Sondererbfolge erhielt sich in den Partikularrechten bis in die neueste Zeit.

Während die Kodifikationen zum Teil dem römischen Recht folgen (ALR., ABGB. 533), haben das BGB. (1922) und ZGB. (457) wieder die gesetzliche Erbfolge als Grundlage anerkannt. Gewillkürte Erbfolge kann neben ihr oder für sich allein bestehen.

Moderne Bestrebungen auf Abschaffung des Erbrechts verkennen seine wirtschaftliche und soziale Bedeutung.

Schrifttum: v. Sydow: Darstellung des Erbrechts nach dem Sachsenspiegel, 1828. — Siegel: Das deutsche Erbrecht, 1853. — v. Freytag-Loringhoven: Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts, 1908. — Klatt: Das Heergewäte, 1908 (Beyerles Beitr. 2, 2). — A. Schultze: ZRG. G. 35 (1914), S. 75. — Wieland: Festschrift für Georg Cohn, 1915, S. 129. — Meijers: Het Ligurische Erfrecht in de Nederlanden I, 1927; ders., Le droit Ligurien de Succession en Europe occidentale, 1928. — H. Meyer: „Ligurisches" Erbrecht, ZRG. G. 50 (1930), S. 354. — Besnier: La représentation successorale en droit normand, 1929. — Vgl. auch Schreuer: ZRG. G. 34 (1913), S. 313; Z. f. vergl. RW. 33 (1916), S. 333; 34, S. 1; bei Hoops IV, S. 339.

Erster Teil.

Die Berufung zur Erbschaft.

I. Abschnitt.

Die gesetzliche Erbfolge.

§ 93. Das Verwandtenerbrecht.

I. Das ältere Recht. Die gesetzliche Erbfolgeordnung geht von der Blutsverwandtschaft aus. Im Kreise der Blutsverwandten kommt dem engeren Kreis in bezug auf das Erbrecht eine besonders bevor-

zugte Stellung zu. Denn das Gut ist Hausvermögen, für den Kreis des Hauses gebunden. Über den Kreis des Hauses hinaus ist ein Erbrecht erst in der Entwicklung begriffen. Liegenschaften vererben nicht im weiteren Kreis, sondern fallen der Dorfgenossenschaft heim (unten § 95).

1. Im engeren Kreis fällt das Gut in historischer Zeit nicht mehr in das Gesamthandseigentum der Hausgenossen. Es wird bereits auf die einzelne Person vererbt. Dabei gilt die Reihenfolge: Sohn, Tochter, Vater, Mutter, Bruder, Schwester; nur im anglowarnischen Recht sind die Geschwister den Eltern vorangestellt. Diese Reihe wird aber zunächst nur für den Fahrnisnachlaß erschöpft. Liegenschaften vererben nur an die Söhne. Doch ist im fränkischen Recht schon im 6. Jahrhundert das Erbrecht auf die Töchter, Brüder und Schwestern ausgedehnt worden. Überall zeigt sich hierbei die Zurücksetzung der Frau gegenüber dem gleichstufigen Mann. Für Liegenschaften hält man daran fest, ja es findet sich sogar der Ausschluß von Töchtern durch entferntere männliche Verwandte. Für den Fahrnisnachlaß hat sich aber die Gleichstellung der Frauen mit den Männern allmählich durchgesetzt.

Die Reihenfolge des engeren Kreises erfuhr in fränkischer Zeit eine Durchbrechung dadurch, daß die Kinder verstorbener Söhne neben den Brüdern ihres Vaters zur Erbschaft kamen (Repräsentationsrecht der Enkel). Die Enkel waren bisher nicht zum engeren Erbenkreis gerechnet worden, wurden daher sowohl durch die Kinder, wie durch Eltern und Geschwister des Erblassers vom Erbe ausgeschlossen. Die Aufnahme in den engeren Erbenkreis zeigt die in der fränkischen Zeit beginnende Auflösung der alten Hausgemeinschaft und den Übergang zur Generationenfolge.

Bei den Sachsen wurde das Repräsentationsrecht in der Beschränkung auf die Söhne erst 942 durch das Gottesurteil des Zweikampfs festgestellt.

2. An den weiteren Kreis kam in fränkischer Zeit überhaupt nur der Fahrnisnachlaß, wenn der engere Kreis erschöpft war. Als Vertreter dieses Kreises nennt schon Tacitus den Vater- und Mutterbruder, die Volksrechte neben diesen die Vater- und Mutterschwester, der Sachsenspiegel die Geschwisterkinder; ihnen sind die Enkel und Großeltern gleichzustellen (vgl. oben § 80). In welcher Reihenfolge diese Personen zum Zuge kamen und wie weit man über ihren Kreis schon im ältesten Recht hinausgegangen ist, muß dahingestellt bleiben. In der fränkischen Zeit traten Veränderungen ein. Die Enkel wurden in den engeren Kreis aufgenommen. Im weiteren Kreis wurde nun bis in entferntere Magschaften geerbt, nach ribuarischem Recht z. B. bis zur 5. Magschaft. Die Verwandtschaftsgrenze blieb aber häufig weiter gesteckt als die Erbgrenze.

II. Das Mittelalter hat eine verwirrende Fülle von Erbschaftsordnungen entwickelt. Geschlossene Gebiete eines bestimmten Systems kommen kaum in Betracht. Gemeinsam ist aber allen Systemen die allmähliche Auflösung des engeren Kreises, die Bevorzugung der Deszendenten vor den Aszendenten und Seitenverwandten, die

Unterstellung der Liegenschaften unter die Grundsätze des Fahrniserbrechts.

1. Am stärksten an den alten Grundlagen festgehalten hat das sächsische und friesische Recht. Im Sachsenspiegel wird der engere Kreis noch in alter Weise dem weiteren gegenübergestellt, und im weiteren Kreis wird gemäß der Magschaftszählung geerbt. Sächsische Stadtrechte bevorzugen noch die Geschwister vor den entfernteren Abkömmlingen und rechnen auch im weiteren Kreise noch der Magschaftszählung entsprechend, indem sie z. B. Vettern und Großonkel gleichstellen. Gleiche Grundsätze finden sich im friesischen Recht.

2. Die Regel ist jetzt aber die der sog. Parentelenordnung (oben § 80) entsprechende Erbschaftsfolge. Die Erbschaft geht an die dem Erblasser nächste Familienschaft, also zunächst an die des Erblassers selbst (die Kinder und die weiteren Abkömmlinge, 1. Parentel), sodann die der Eltern (die Eltern, die Geschwister, die Neffen und Nichten usw., 2. Parentel), weiter die der Großeltern (3. Parentel), der Urgroßeltern (4. Parentel usw.). Solange Verwandte einer näheren Parentel vorhanden sind, sind die Verwandten der weiteren Parentelen ausgeschlossen. Innerhalb der einzelnen Parentel schließt der dem Elternpaar näherstehende Verwandte die entfernteren aus. Das Eintrittsrecht blieb zunächst auf die erste Parentel beschränkt und ist erst allmählich in die zweite Parentel übernommen worden, wo es aber selbst für Geschwisterkinder neben Geschwistern bestritten blieb. Auch erhielt sich vielfach die Teilung nach Köpfen (soviel Mund, soviel Pfund).

3. Neben den beiden Haupterbfolgeordnungen seien noch folgende erwähnt.

a) Einige Rechte vererben nach dem Dreiliniensystem: zunächst an die Deszendenten, dann an die Aszendenten, zuletzt an die Seitenverwandten.

b) Andere schließen die Aszendenten ganz oder wenigstens hinsichtlich der Liegenschaften von der Erbfolge aus: Das Gut rinnt wie das Blut, les propres ne remontent pas.

c) Einige Rechte gewähren den Geschwistern einen Vorrang vor den Eltern, zumal dann, wenn der Erblasser und seine Geschwister von den Eltern abgeschichtet waren.

d) Einige teilen den Nachlaß, wenn Abkömmlinge fehlen, zur Hälfte den väterlichen, zur anderen Hälfte den mütterlichen Verwandten zu (franz. fente).

e) Für ererbte Grundstücke bestand in friesischen, fränkischen und schweizerischen Rechten das sog. Fallrecht (ius recadentiae). Die Erbgüter fielen, wenn keine Deszendenten, in manchen Rechten erst, wenn auch keine Aszendenten vorhanden waren, an die Verwandtschaftsseite zurück, von der sie herrührten: paterna paternis, materna maternis; Erbgut geht wieder den Weg, daher es gekommen.

4. Unter den Erben lassen weiter einige Rechte die Vatermagen den Muttermagen vorgehen. Die Zurücksetzung der Frauen vor gleichstufigen Männern hat sich zum Teil erhalten. Aber schon der Sachsenspiegel hält diese Regel nur für den engeren

Erbenkreis fest, während bei den weiteren Verwandten gleichstufige Männer und Frauen zu gleichen Teilen erben. Zuerst in den Städten, seit dem 14. Jahrhundert allgemein, waren auch Töchter den Söhnen gleichberechtigt. Halbgeburt wurde der Vollgeburt nachgestellt. Nach dem Sachsenspiegel trat die Halbgeburt um einen vollen Grad zurück. In anderen Rechten erbte sie neben der Vollgeburt, aber nur die Hälfte des Erbteils: sie erbt nur mit einer Hand, die Vollgeburt mit beiden Händen.

Als Erbgrenze wurde vielfach der 7. Grad beibehalten. Zum Teil wurde unbegrenzt geerbt.

III. Die Neuzeit. Mit der Rezeption wurde das römische Intestaterbrecht zum gemeinen Recht. Danach erbten in der ersten Klasse die Deszendenten, in der zweiten die Aszendenten, Vollgeschwister und Vollgeschwisterkinder, in der dritten die halbbürtigen Geschwister und deren Kinder, in der vierten die übrigen Verwandten nach Gradesnähe. Von den Partikularrechten haben sich nur wenige west- und süddeutsche dem gemeinen Recht angeschlossen, meist wurde es erheblich modifiziert. So wurde vor allem die zweite Erbenklasse durch Einbeziehung der weiteren Nachkommen der Geschwister und Ausschaltung der entfernteren Aszendenten zur zweiten Parentel verwandelt. Nach dem Vorbilde des gemeinen Sachsenrechts wurde das Dreiliniensystem dahin fortgebildet, daß zuerst die Deszendenten, danach alle Aszendenten, darauf die voll- und halbbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder und endlich alle Seitenverwandten nach Gradesnähe berufen waren. Durchgeführt wurde nach römischem Vorbild nun das Repräsentationsrecht auch in der zweiten Erbenklasse.

Die neueren Kodifikationen sind sehr verschiedene Wege gegangen. Das ALR. hat 5 Klassen gebildet, indem es den Eltern die zweite Klasse anwies und daher die Voll- und Halbgeschwister je eine Klasse weiterrücken mußte; die höheren Aszendenten ließ das ALR. mit den Halbgeschwistern zur Hälfte in der vierten Klasse erben. Der CC. stellte dagegen wieder Eltern und Geschwister in die zweite und die übrigen Aszendenten in die dritte Klasse.

Die neueste Zeit ist nach dem Vorbild des ABGB. zur Parentelenordnung zurückgekehrt. Im ABGB. sind als erste Linie die Kinder zur Erbschaft berufen mit Repräsentationsrecht von deren Nachkommen nach Stämmen. In der zweiten Linie erben die Eltern und nach ihnen deren Nachkommenschaft. Die Erbgrenze bestand in der sechsten Linie, die 1914 zur zweiten Linie, der der Urgroßeltern selbst, herabgesetzt wurde, 731, 751. Das BGB. (1924ff.) teilt in seinen ersten drei Ordnungen (Parentel des Erblassers, der Eltern und der Großeltern) nach Stämmen, in der zweiten und dritten Ordnung auch nach Linien. In der vierten und den folgenden Ordnungen ist dagegen nur Gradesnähe entscheidend. Repräsentationsrecht gilt nur in den ersten drei Ordnungen. Dagegen ist es

im ZGB. (457ff.) in allen Stammlinien durchgeführt. Die Erben werden in die Vater- und Mutterseite geteilt, Verwandte beider Seiten auf gleichen Stammlinien erben zur Hälfte, 458 Abs. 2, 459 Abs. 2. Das Erbrecht endigt mit der dritten Parentel, nur haben gewisse weitere Verwandte eine lebenslängliche Nutznießung, 466 (unten § 95). Dem BGB. fehlt eine Erbgrenze, sie ist rechtspolitisch wünschenswert.

Im anglo-normannischen Recht galt für den Grundstücksnachlaß nach Lehnsrecht das Parentelensystem mit Beschränkung auf die Leibeserben des ersten Erwerbers, mit Ausschluß der Aszendenten und Bevorzugung der Männer. Diese Erbfolgeordnung ist erst 1833 modifiziert worden, besonders durch Zulassung der Aszendenten. Seit 1925 fällt die Erbschaft der Reihe nach an die Kinder, die Eltern, die Geschwister, die Großeltern, die Geschwister der Eltern, zuletzt an den überlebenden Ehegatten. Nach dieser Erbgrenze fällt das Gut an die Krone.

Schrifttum: s. oben zu § 80. Dazu: Huber: Die schweizerischen Erbrechte, 1872. — Opet: Die erbrechtliche Stellung der Weiber, 1888 (Gierkes Unters. 25). — Frommhold: Beiträge zur Geschichte der Einzelerbfolge, 1889 (Gierkes Unters. 33). — Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem BGB., 1896. — Brunner: ZRG. G. 21 (1900), S. 1. — Gál: Der Ausschluß der Aszendenten von der Erbfolge und das Fallrecht, 1904 (Gierkes Unters. 72).

§ 94. Das Ehegattenerbrecht.

I. Das ältere Recht kannte kein Erbrecht der Ehegatten: das Erbrecht war auf die Blutsverwandten beschränkt. Die Entwicklung eines Ehegattenerbrechts begann aber schon in spätfränkischer Zeit vom ehelichen Güterrecht aus. Wenn nach Gütergemeinschaftsrecht dem überlebenden Gatten bei unbeerbter Ehe teilweise das volle Gesamtgut, bei beerbter Ehe zeitlich beschränktes Alleineigentum am Gesamtgut zukam (oben § 87), so konnte diese an sich ehegüterrechtliche Regelung mehr und mehr als Zubilligung eines Erbrechts aufgefaßt werden. Sie ist besonders in den Städten früh nachweisbar. Auch in den Rechten der Verwaltungsgemeinschaft wurde dem Ehegatten ein Erbrecht, die später sogenannte statutarische Erbportion, zugesprochen. Eine wichtige Rolle für den Ausbau des Ehegattenerbrechts haben die Erbverträge zwischen den Gatten gespielt.

II. Das gemeine Recht gewährte nach römischem Vorbild dem Ehegatten nur ein sehr beschränktes Erbrecht: nur wenn überhaupt keine Verwandten vorhanden waren (bonorum possessio unde vir et uxor), und weiter die Quart der bedürftigen Witwe. Dagegen haben die Partikularrechte das spätmittelalterliche Ehegattenerbrecht festgehalten und weiter ausgebaut. Insbesondere geben die neueren Gesetzbücher dem überlebenden Ehegatten ein von dem jeweiligen Güterstande der Gatten unabhängiges Erbrecht. Im einzelnen hatte freilich das Ehegattenerbrecht einen sehr verschiedenen Inhalt. Meist umfaßte es eine Nachlaßquote, deren Höhe sich verschieden gestaltete, je nachdem erbberechtigte Verwandte vorhanden waren. Vielfach verschaffte es aber auch den Nießbrauch am ganzen Vermögen des Vorverstorbenen, ja ein Alleinerbrecht.

Manchmal konnte die statutarische Portion ganz oder teilweise entzogen werden; in anderen Rechten war sie zugleich Pflichtteil.

III. Nach geltendem Recht schließt der Ehegatte weitere Verwandte aus. Nach BGB. erbt er neben Abkömmlingen ein Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung und Großeltern die Hälfte, sonst das Ganze, 1931, so auch ABGB. 757 (seit 1914). Pflichtteil ist nur die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Nach ZGB. kann der überlebende Ehegatte neben Nachkommen zwischen der Hälfte der Erbschaft zu Nutznießung oder einem Viertel zu Eigentum wählen, dementsprechend auch bei Konkurrenz mit anderen Verwandten, 462. Neben Kindern erhält der Ehegatte den „nötigen", neben weiteren Verwandten den „vollen Voraus", ABGB. 758 seit 1914.

Im CC. erhielt der überlebende Ehegatte ein Erbrecht (als successeur irrégulier) nur, wenn keine héritiers légitimes vorhanden waren. Heute hat er einen lebenslänglichen Nießbrauch, neben Kindern an einem Viertel, neben sonstigen Verwandten an der Hälfte des Nachlasses. In England erhält der überlebende Ehegatte die für den persönlichen Gebrauch bestimmte Fahrnis (personal chattels), weiter neben Kindern die Hälfte, neben sonstigen Verwandten die volle Nutznießung am ganzen Vermögen auf Lebenszeit. Fehlen Erbberechtigte, so erhält er den ganzen Nachlaß zu Eigentum.

§ 95. Heimfallsrechte.

I. Das ältere Recht. Fehlte eine erbberechtigte Person, so fiel der Nachlaß grundsätzlich an das Volk heim. In der fränkischen Zeit trat an die Stelle des Volkes der König. In bezug auf erblose Grundstücke ging aber in fränkischer Zeit noch das Heimfallsrecht des alten Sippenverbandes vor, der sich zur Dorfgenossenschaft (vicinitas) gewandelt hatte. Nach älterem salischem Recht trat es schon ein, wenn keine Söhne vorhanden waren, später nur, wenn auch Töchter, Brüder und Schwestern fehlten, endlich wurden die Rechte der Gemeinde von denen der Verwandten überhaupt verdrängt und wurden zu bloßen Näherrechten. So trat das Heimfallsrecht des Fiskus am erblosen Nachlaß siegreich hervor.

II. Im Mittelalter wurde das Heimfallsrecht des Fiskus am erblosen Nachlaß zu den iura regalia gerechnet. Es ist mit diesen auf die Landesherren, zum Teil auch auf die Städte und niederen Gerichtsherren übergegangen. Die Entwicklung war partikulär sehr verschieden. So wurde z. B. in den Städten vielfach der Nachlaß zwischen der Stadt, dem Stadtherrn und den Kirchen oder den Armen geteilt. Über den Freiteil vgl. unten S. 229f. Der Nachlaß von Personen, die in Stiften und Krankenhäusern gestorben waren, wurde vielfach von der Anstalt eingezogen.

Auch den Grundherren kam im Mittelalter ein Heimfallsrecht am Nachlaß ihrer hofhörigen Leute zu. Es ging hervor aus einem älteren Erbrecht, das dem Freilassenden an dem Vermögen seiner Freigelassenen zustand, und hängt mit dem ursprünglichen Eigentum des Herrn an seinen Unfreien und den ihnen überlassenen Gütern zusammen. Während es in seiner älteren Form sogar die Kinder ausschloß, trat es im Mittelalter nur ein, wenn der hofhörige Mann ohne Nachkommen starb. Zunächst betraf es den ganzen Nachlaß, später nur mehr die Fahrnis, und

regelmäßig erhielt der Herr auch von der Fahrnis nur einen Teil, den Buteil oder Sterbefall.

III. In der neueren Zeit hat sich das Recht des Staates auf den erblosen Nachlaß stärker durchgesetzt. Freilich blieben vielfach zunächst noch Heimfallsrechte von Patrimonialherren, Städten und Korporationen bestehen. Das Heimfallsrecht der Grundherren verschwand.

Im geltenden Recht ist das Recht des Fiskus erhalten und zu einem echten gesetzlichen Erbrecht ausgestaltet worden (BGB. 1936, ABGB. 760, ZGB. 466); das ZGB. beschränkt es aber durch ein Nutznießungsrecht der Urgroßeltern und Großelterngeschwister. Der Fiskus als Erbe kann freilich die Erbschaft nicht ausschlagen (1942 Abs. 2). Landesrechtliche Anfallsrechte von Körperschaften, Stiftungen und Anstalten bleiben bestehen, EG. 138, 139 (nach ABGB. 760 seit 1914 aufgehoben).

Schrifttum: Gierke: ZRG. 12 (1876), S. 430. — Tomaschek: Das Heimfallsrecht, 1882. — Kähler: Heimfallsrecht des Fiskus nach lübischem Recht, 1902. — Bär: Z. Westpreuß. Gesch.-Ver. 51 (1909), S. 21. — Brunner: Zur Geschichte der ältesten germanischen Erbschaftssteuer, 1911. — v. Fischel: Arch. österr. Gesch. 106 (1915). — Poll: Das Heimfallsrecht auf den Grundherrschaften Österreichs, 1921.

§ 96. Erbrecht an Sondervermögen.

I. Die Erbfolge in Lehen.

1. Das ältere deutsche Lehnrecht berief zur Erbfolge nur die Söhne, später jedenfalls nur die Deszendenten. Seitenverwandte und Aszendenten konnten nur durch Lehnsvertrag ein Erbrecht erhalten. Mit Rücksicht auf die Lehnsdienste wurde weiter das Erbe nicht zwischen gleichnahen Erben geteilt, vielmehr wurde nur ein Lehnserbe belehnt, in späterer Zeit meist der ältere Sohn. Doch konnte der Herr auch mehreren Erben die Belehnung zu gesamter Hand erteilen; daraus entstand vielfach ein Anspruch mehrerer Söhne auf Gesamtbelehnung. Frauen waren der Lehnsdienste wegen von der Lehnserbfolge ausgeschlossen. Aber auch hier kamen Abweichungen auf dem Vertragswege, dann auch kraft Rechtssatzes vor, indem die Töchter, wenn Söhne fehlten, ein subsidiäres Erbrecht erhielten oder gar neben den Söhnen erbten.

2. Das langobardische Lehnrecht, das den Grundsatz der Unteilbarkeit aufgab, berief nach den Abkömmlingen auch Seitenverwandte, nicht aber Aszendenten zur Lehnsfolge. Von den Seitenverwandten (Agnaten) kamen nur solche in Betracht, für die das Lehen ein feudum paternum war: die also von dem ersten Erwerber oder wenigstens von einem früheren Besitzer des Lehens abstammten. Die Seitenverwandten folgten nach Linealgradualfolge. Doch war die Geltung der Parentelenordnung bestritten. Die eine Meinung nahm reine Gradualfolge an, eine andere reine Linealfolge. Ihre Nachfolge war eine successio ex pacto et providentia maiorum. Daraus ergab sich ein wichtiger Unterschied. Sukzedierte ein Abkömmling, so mußte er, wenn ihm Lehen und Allod anfielen, entweder beides annehmen oder beides ausschlagen. Er haftete also, wenn er annahm, auch für die Allodialschulden des Erblassers, und zwar auch mit den Lehnsfrüchten. Der Seitenverwandte konnte dagegen das Lehen annehmen und das Allod ausschlagen, so daß die Haftung für die Allodialschulden wegfiel. Denn er erschien nicht als Nachfolger des letzten Besitzers. Frauen blieben ausgeschlossen, doch fanden Ausnahmen statt.

3. Das langobardische Lehnrecht wurde durch die Rezeption gemeines Recht; auch in die meisten Partikularrechte ging es über, wenngleich mit verschiedenen Abweichungen. So wurde in Deutschland gemäß dem theoretischen Streit, der sich an das langobardische Lehnrecht anschloß, für das Lehnserbrecht teils die Parentelenordnung, teils die Gradual- oder Linealordnung (so ALR.) maßgebend. Soweit die Parentelenordnung zur Herrschaft kam, wurde sie vielfach mit der Primogeniturordnung derart verknüpft, daß unter mehreren gleichstufigen Linien die erstgeborene und in ihr wieder der Erstgeborene bevorrechtigt war. Auch für die Deszendenten setzte sich teilweise die successio ex pacto et providentia maiorum durch; solche Lehen stellte man als Stammlehen (feudum ex pacto et providentia maiorum) den Erblehen (feudum hereditarium) gegenüber; für diese wurde das Ausschlagungsrecht ganz beseitigt. Während nach langobardischem Lehnrecht mehrere gleichnahe Erben Miteigentum nach Bruchteilen erhielten, galt in Deutschland die Gesamthandsnachfolge vielfach weiter.

II. Die Erbfolge in Stammgüter und Familienfideikommisse.

1. Die Erbfolge in Familienfideikommisse war Sondererbfolge kraft Anordnung des Stifters. Der Wille des Stifters bestimmte das Folgerecht des Berufenen. Die Nachfolge war eine successio ex pacto et providentia maiorum. Die Folgeordnung konnte der Stifter bestimmen. Fehlte eine Anordnung, so trat gesetzliche Erbfolge ein. Doch war die Erbfolge gewöhnlich dahin geregelt, daß nur die ehelichen leiblichen und männlichen Nachkommen des ersten Erwerbers vom Mannesstamme berufen waren (vgl. oben § 32, II, 3). Regelmäßig hatte das höhere Alter den Vorzug, und zwar in der Form

a) des Seniorats: berufen ist das älteste Mitglied der Familie ohne Berücksichtigung des Grades der Verwandtschaft,

b) des Majorats: berufen ist der dem Grade nach nächste Verwandte des letzten Besitzers, unter mehreren gleichnahen der älteste,

c) der Primogenitur: berufen ist gemäß der Parentelenordnung die dem letzten Besitzer nächste Parentel, innerhalb der Parentel die ältere Linie, innerhalb dieser der Erstgeborene oder nach Repräsentationsrecht sein ältester Sohn.

Der Seniorat wurde in der neueren Gesetzgebung vielfach verboten (ALR.), der Majorat zur Regelform erhoben (ALR., ABGB.). am stärksten drang die Primogenitur durch. Selten nur kamen die Gegensätze der genannten Folgeordnungen, Juniorat, Minorat, Ultimogenitur vor, häufiger als Ergänzung der Primogenitur Sekundo-, Tertiogenitur usw. Solche für die zweite, dritte usw. Linie bestimmte Fideikommisse fielen, wenn eine Linie ausstarb, an die vorhergehende.

2. Die Erbfolge in Stammgüter (oben § 32, I) war regelmäßig als Einzelerbfolge, und zwar im Sinne des Erstgeburtsrechts, geregelt.

Schrifttum: Frommhold:, ZRG. G. 33 (1912), S. 86. — Merêa: O mais antigo morgado de Portugal, 1921. — Heck: Arch. ziv. Prax. NF. 9 (1928), S. 186.

III. Die Erbfolge in Bauerngüter.

1. Das ältere Recht. Die Realteilung des Bauernguts unter gleich nahe Erben setzte sich besonders im Westen des Reiches in den Weinbaugebieten im Bereiche des fränkischen und alemannischen Stammes als Erbsitte durch. Der Gefahr, unwirtschaftliche Zwerggüter zu schaffen, begegneten Grundherren und Landesherren durch Einführung des Güterschlusses. Die

Anerbensitte breitete sich seit dem 10. Jahrhundert weit aus in allen Gebieten der Innenkolonisation, und zwar vornehmlich für abhängige Güter der Grundherrschaft. Um Besitzwechselabgaben zu sparen, wurde das Jüngstenerbrecht für die Anerbengüter üblich.

Die Grundgedanken des Anerbenrechts sind folgende. Von mehreren gleichnahen Erben kommt nur einer in Betracht (der Bauer hat nur ein Kind). Die Bestimmung des Erben erfolgt durch den Bauern oder durch den Grundherrn; kraft Gesetzes ist entweder der Älteste (Majorat) oder der Jüngste (Minorat) berufen. In Betracht kamen lange nur Deszendenten; Seitenverwandte und Aszendenten sind erst spät folgefähig geworden. Frauen waren den Männern nachgestellt; regelmäßig fiel das Gut an den Mann der berufenen Frau. War der Erbe minderjährig, so hatte die Witwe das Gut zu verwalten, oder es wurde ein Interimswirt (Setzwirt) eingesetzt, der das Gut während der Minderjährigkeit des Erben zu verwalten und danach wie ein Nießbraucher herauszugeben hatte. Das Gut konnte auf den Anerben auch bei Lebzeiten des Bauern übergehen, dem dann eine Leibzucht (Altenteil) bestellt wurde. Immer mußte der Anerbe seine Miterben abfinden. Doch wurde ihm häufig das Gut zu einem seinen Wert nicht erreichenden Preise überlassen.

2. Die neuere Zeit. Das Anerbenrecht hat sich in manchen Teilen Deutschlands, besonders im Norden, bis in die neuere Zeit erhalten und ist seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wieder im Aufstieg begriffen. Das BGB. hat die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten, EG. 64. Anerbenrecht gilt vor allem in Preußen, Mecklenburg und Baden. Die Güter werden entweder durch Eintragung in der Höferolle oder Landgüterrolle bestimmt, oder es findet ein Vermerk im Grundbuch statt. Die Interimswirtschaft ist verschwunden. Im übrigen sind die Grundsätze des Anerbenrechts im wesentlichen erhalten geblieben. Vgl. auch ZGB. 620ff.; ABGB. 761.

Schrifttum: Runde: Die Lehre von der Interimswirtschaft, 1832. — v. Miaskowski: Das Erbrecht und die Grundeigentumsverteilung im Deutschen Reich, 1882/84. — Frommhold: Die rechtliche Natur des Anerbenrechts, 1886. — v. Dultzig: Das deutsche Grunderbrecht, 1899 (Gierkes Unters. 58). — Sering: Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes im Königreich Preußen, 1897ff. — Guggenheim: Das bäuerliche Erbrecht des ZGB., 1909. — Rörig: Z. Ver. Lüb. Gesch. 14 (1912), S. 137. — Reinecke: Die Entwicklung des bäuerlichen Erbrechts in der Provinz Westfalen, 1912. — Hiller: Das bäuerl. Anerbenrecht in Württemberg, Arch. ziv. Prax. 120 (1922), S. 281. — Steinbach: Beitr. zur bergischen Agrargeschichte, 1922. — Hagmeister: Die Entwicklung des Ravensbergischen Anerbenrechtes, 1936. — Schlichting: Die bäuerliche Einzelnachfolge im Sachsenspiegel, 1936. — Frost: Das norwegische Bauernerbrecht, Odels- u. Aasätesrecht, 1938. — Hartmann: Haus Rhade op der Volme, sein Hofrecht und Hofgericht, 1938. — Huppertz: Räume und Schichten bäuerlicher Kulturformen in Deutschland, 1939. — Mayer-Edenhauser: Untersuchungen über Anerbenrecht und Güterschluß in Kurhessen, 1942.

§ 97. Das Noterbrecht.

I. Im älteren deutschen Recht ist das Hausvermögen durch die Anwartschaftsrechte der Erben gebunden; soll darüber verfügt werden, so bedarf es ihrer Zustimmung. Nur über einen Freiteil wird dem Erblasser selbständig zu verfügen gestattet. Der Erbanspruch war also unmittelbar durch die Anwartschaftsrechte gesichert. Erst im späteren Mittelalter sind die Anwartschaftsrechte verfallen, der Erblasser erhielt die Verfügungsfreiheit (unten § 98ff.). Die Erbansprüche bedurften daher einer neuen Sicherung.

II. So nahm man das **römische Noterbenrecht** auf. Aber nicht das formelle Noterbenrecht, die Verpflichtung, den Miterben ausdrücklich im Testament zu erwähnen (so noch im Codex Theresianus), sondern nur ein neugestaltetes materielles, das gewissen Erben als Miterben einen unentziehbaren Pflichtteilsanspruch in Höhe einer Quote ihres gesetzlichen Erbanspruchs gewährte. Der Pflichtteilsanspruch kam den Deszendenten, Aszendenten, Geschwistern und dem überlebenden Ehegatten zu. Bei der Ausgestaltung des Pflichtteilsanspruchs ist man verschiedene Wege gegangen. Nach dem Vorbilde des gemeinen Rechts gewährte man dem im Testament übergangenen oder ungenügend bedachten Noterben nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Testamentserben in Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Das ist der Standpunkt des ALR., des ABGB. und des BGB. (2303). Dagegen schränkt der CC. die Verfügungsfreiheit des Erblassers derart ein, daß er nur über den seinen Erben nicht vorbehaltenen Teil, den Freiteil, verfügen kann: der Erbe wird also kraft Gesetzes Miterbe in bezug auf den Pflichtteil. Dem entspricht die Regelung des ZGB. 470. Den Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen hat das BGB. auf die Abkömmlinge, Eltern und den Ehegatten eingeengt. Nicht pflichtteilsberechtigt ist der Ehegatte nach ABGB. 765, 766.

In England galt im Mittelalter für Grundstücke das Anwartschaftsrecht, für Mobilien ein Pflichtteilsrecht für Witwen und Kinder. Seit dem 16. Jahrhundert beginnend setzte sich die Testierfreiheit durch, so daß England heute keinerlei Noterbrecht kennt. Frau und Kinder sind gegen Enterbung nur durch Eheverträge geschützt.

Schrifttum: Kohler: Das germanische Noterbrecht und seine Geschichte in den coutumes, 1900. — De Laplanche: La réserve coutumière dans l'ancien droit français, 1925.

II. Abschnitt.

Die gewillkürte Erbfolge.

§ 98. Erbengedinge und Vergabungen von Todes wegen.

I. Das Erbengedinge. Nach germanischem Recht ist alles Vermögen in der Blutsverwandtschaft gebunden, Verfügungen von Todes wegen sind unbekannt: nullum testamentum. Dem geborenen Erben kann seine Anwartschaft weder genommen noch verkürzt werden. Anders liegt es indessen, wenn kein Erbe vorhanden ist; gewiß ein

seltener Fall! Auch hier kann der Erblasser nicht über sein Vermögen verfügen, das wäre ein Verstoß gegen die bestehenden Heimfallsrechte. Wohl aber kann er sich einen gekorenen Erben setzen, damit dieser ihm das Totenopfer bringe; dem fällt dann auch der Nachlaß zu. Ein solches Erbengedinge bedarf daher der Zustimmung des Heimfallsberechtigten. Es muß in öffentlicher Gerichtsversammlung vor sich gehen, in den Formen der Adoption. Bei den Langobarden überreicht der Erblasser einen Speer zunächst einem Bürgen, der ihn an den gekorenen Erben weitergibt (gairethinx). Ähnlich dürfte der Ritus der älteren salischen Affatomie gewesen sein.

Mit den heidnischen Totenopfern bekämpft die christliche Kirche auch das Erbengedinge. So erscheint die Affatomie schon im salischen Volksrecht mit gewandeltem Inhalt. Der Speerbürge wird zum Salmann, dem der Erblasser sein Vermögen durch festuca zu treuen Händen überträgt; der gibt es dann in Jahresfrist im echten Ding dem Erben weiter, im späteren Recht erst nach dem Tod des Erblassers. Das Erbengedinge wird damit zu einem sachenrechtlichen Rechtsgeschäft und leitet so zu den Vergabungen von Todes wegen über.

II. Die **Vergabungen von Todes wegen** haben ihren Ausgangspunkt in der Entstehung eines Freiteils.

Dieser geht auf die Anschauung der Kirche, besonders auf die Lehren Augustins, zurück. Es ist das fromme Werk, das Almosen, dem sühnende und verdienende Kraft zukommt, das himmlischen Lohn schafft. Gib den armen Erdenpilgern für ihre Erdenreise, und du wirst es im Jenseits mit hohem Zins wieder erhalten! Gib also der Kirche, als der Trägerin der christlichen Caritas! Damit entziehst du nicht, was deinen Söhnen zukommt. Denn du sollst Christus in den Kreis deiner Söhne einbeziehen. Er soll mit ihnen Miterbe sein. Ein Sohneskopfteil kommt Christus zu. Die Lehre Augustins wirkte auf die Praxis im römischen Reich ebenso ein wie in den neuen germanischen Staaten. Die zu Christen gewordenen Germanen wollten nicht hinter ihren römischen Glaubensgenossen zurückstehen. Es wurde dem Hausvater gestattet, ohne die Zustimmung der wartberechtigten Erben über einzelne Stücke aus dem Hausvermögen, ja geradezu über einen ideellen Anteil am Hausvermögen zum Heile seiner Seele zu verfügen: ein grundsätzliches Abgehen vom Gedanken der Hausgemeinschaft, fehlte ihr doch, solange die gesamte Hand dauerte, die Vorstellung getrennter Anteile. Eine solch prinzipielle Neuerung bedurfte schwerwiegender Gründe. Sie lagen in der eigenen Sorge um das Seelenheil und in dem Gebot der Kirche; diese verweigerte Absolution und Begräbnis dem, der ohne Vergabung an die Kirche gestorben war. So entstand der Freiteil als Seelteil, der sich zum kirchlichen Pflichtteil ausbaute. Germanischen Grundsätzen gemäß bedurfte der Vater der Abschichtung von seinen Söh-

nen, bevor er über den Freiteil verfügen konnte. Doch gestatten schon frühe Volksrechte nach römischem Vorbild die Verfügung aus ungeteiltem Gemeinschaftsgut, die später allgemein durchdrang.

Im einzelnen ist der Freiteil in den germanischen Staaten nach Zeit der Entstehung und Umfang seiner Höhe verschiedene Wege gegangen. Seinem augustinischen Ursprung gemäß entsprach der Freiteil einem Sohneskopfteil. So beträgt im langobardischen Recht um 700 der Freiteil des Vaters neben einem Sohn die Hälfte, neben zwei Söhnen ein Drittel, neben drei Söhnen ein Viertel usw. Anderwärts ist der Freiteil des Vaters auf ein Drittel (so im fränkischen) oder ein Fünftel (so im westgotischen) festgesetzt. In Teilen des germanischen Nordens ist im 12. Jahrhundert der Freiteil in Gestalt des Hauptzehnts aus einem kirchlichen Zwangszehnt entstanden. Der Hauptzehnt begegnet als Freiteil im Mittelalter auch sonst, besonders in sächsischen Städten; im übrigen konnten die Sachsen den von Karl dem Großen ihnen auferlegten Kirchenzehnt wieder beseitigen, so daß hier ein Freiteil gegen das Beispruchsrecht nicht durchdringen konnte.

Vom Freiteil zu scheiden ist der Totenteil. Er ist die Totenausstattung, die in germanischer Zeit dem Toten mit in das Grab gegeben wurde. Sie bestand in den Gegenständen seines persönlichen Bedürfnisses, besonders in denen, die er selbst erworben hatte. Die Kirche bekämpfte diese heidnische Sitte. Da sie den Seelenkult übernahm, setzte sie es mit Kirchenstrafen durch, daß der Totenteil als Seelgerät an die Kirche fiel. Dieses mortuarium kam vor allem als Heergewäte vor; in nicht ritterlichen Kreisen ging es häufig auf das beste Gewand und das beste Stück Vieh (Besthaupt). Das Seelgerät steht neben dem Freiteil und wird selbst dann von ihm auseinandergehalten, wenn beide in einer Verfügung zusammentreffen.

Wie der Freiteil kirchlichen Ursprungs war, so war das römische Testament für die Form der Verfügung das natürliche Vorbild. Aber es drang nur im westgotischen und burgundischen Recht durch. Sonst gelang es, aus eigenen Rechtsgedanken eine besonders geartete Form der donatio pro anima zu entwickeln. Sie war germanische Schenkung mit Auflage. Sie war keine erbrechtliche letztwillige Verfügung, sondern ein gegenwärtig wirkender sachenrechtlicher Vertrag, daher unwiderruflich. Vollzogen wurde sie meist durch traditio cartae, oft mit Zuziehung eines Salmanns. Dabei erhielt entweder der Beschenkte sofort Gewere und Eigentum, während dem Schenkgeber nur Leiherecht und Nutzungsgewere verblieben (sog. Schenkung mit Vorbehalt des Nießbrauchs, vgl. oben § 37). Oder die Schenkung war befristet, so daß sie erst mit dem Tode des Vergabenden wirksam werden sollte; der Beschenkte erhielt zunächst eine anwartschaftliche Eigengewere (sog. donatio post obitum). Wirtschaftlich identisch, werden beide Formen später auch rechtlich nicht mehr unterschieden.

Im Mittelalter hat die Vergabung von Todes wegen ihren Anwendungsbereich ständig ausgedehnt. Der Gedanke des Freiteils und der kirchlichen Ansprüche auf diesen begann zu verblassen.

Neben die Seelgerätstiftung trat die Vergabung unter Verwandten oder Ehegatten, die vielfach das ganze Vermögen oder eine Quote erfaßte. Häufig begründete der Erblasser mit dem Bedachten eine Gemeinderschaft an seinem Vermögen, das nach seinem Tode dem überlebenden Bedachten anwuchs. Diese Gemächte waren grundsätzlich Liegenschaftsvergabung; Fahrnisvergabung im Siechbett blieb beschränkt und bedurfte jedenfalls immer der Übertragung leiblicher Gewere (donner et retenir ne vaut). Als Liegenschaftsvergabung erfolgte sie besonders in Norddeutschland im gehegten Ding; die wartberechtigten Erben konnten widersprechen. Die richterliche Friedewirkung verschaffte die rechte Gewere. Dagegen hat man in Süddeutschland schon bald auch außergerichtliche Gemächte unter Brief und Siegel anerkannt. Solche sachenrechtliche Geschäfte ohne erbrechtliche Wirkung blieben bis zum 16. Jahrhundert in Gebrauch. Daneben aber entstanden aus den alten Formen neue erbrechtliche Geschäfte: die Erbverträge und Testamente.

Schrifttum: Pappenheim: Launegild und Gairethinx (Gierkes Unters. 14), 1882. — Hübner: Die donationes post obitum u. die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs (Gierkes Unters. 26), 1888. — Richard Schmidt: Die Affatomie der lex Salica, 1891. — Schupfer: Thinx e Affatomia, 1892. — Gmür: Entwicklung der letztwilligen Verfügungen nach den Rechtsquellen des Kantons St. Gallen, 1894. — Brunner: Der Totenteil in german. Rechten, ZRG. G. 19 (1898), S. 107ff.. — Bartsch: Amira-Festschrift 1908, S. 1. — Gál: ZRG. G. 29 (1908), S. 225. — Kogler: Brunner-Festschrift 1910, S. 175. — Müller: Thür.-sächs. Z. f. Gesch. u. Kunst 1 (1911), S. 71, 187. — Rietschel: ZRG. G. 32 (1911), S. 297. — Ehrenzweig: Die Schenkung auf den Todesfall, 1911. — Falco: Le disposizioni pro anima, 1911. — Lederer: Verfügungen auf den Todesfall nach dem mittelalterl. Wiener Stadtrecht, 1913. — Henrici: Über Schenkungen an die Kirche, 1916. — Rauch: ZRG. G. 38 (1917), S. 269. — Rietschel bei Hoops IV, S. 338. — Schönfeld: Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen, ZRG. G. 42 (1921), S. 240ff. — Kilchmann: Die Verfügungen von Todes wegen nach den aargauischen Rechtsquellen, 1928. — Jungbluth: Die donatio post obitum und die donatio reservato usufructu in den Kölner Schreinseintragungen, 1931. — Prochno: Straßen- und Brückenbau als Seelgerät, VSWG. 32, 1939. — Vismara: Storia dei patti successori, 1941. — Grundlegend jetzt die Arbeiten von Alfred Schultze: ZRG. G. 35 (1914), S. 75; 38 (1917), S. 301; Das Testament Karls d. Gr., Gedächtnisschr. f. v. Below, 1928, S. 47; Augustin und der Seelteil d. german. Erbrechts, Studien z. Entstehungsgesch. d. Freiteilrechts, 1928; ZRG. G. 50 (1930), S. 376; Der Einfluß der kirchlichen Ideen und des römischen Rechts auf die germanische Hausgemeinschaft, 1934. — Vgl. weiter Bruck: Die Schenkung auf den Todesfall im griech. u. röm.Recht, zugl. ein Beitr. z. Gesch. d. Testaments, 1909; Totenteil und Seelgerät, 1926.

§ 99. Erbverträge und Testamente.

I. Erbverträge.

1. Aus den sachenrechtlichen Geschäften auf den Todesfall entwickelten sich erbrechtliche, indem der Vertrag auf Begründung oder Beseitigung des Erbrechts gerichtet wurde. Solche Erbverträge kamen schon im späteren Mittelalter besonders zwischen Ehegatten in Gebrauch. Dem römischen Recht

waren sie unbekannt. Dennoch hat die Theorie des gemeinen Rechts sie anerkannt und ihr juristisches Wesen klar umrissen; sie hat die Praxis beherrscht. So sind die Erbverträge auch in die Kodifikationen übergegangen; doch können nach CC. nur Verlobte in Verbindung mit einem Ehevertrag, nach ABGB. nur Ehegatten Erbverträge abschließen.

2. Arten. **a)** Die Erbeinsetzungsverträge sind auf Begründung eines neuen oder Sicherung eines bestehenden Erbrechts gerichtet. Sie können zugunsten nur des einen oder beider Vertragsteile oder auch zugunsten eines Dritten vereinbart werden. Zwischen Ehegatten war die gegenseitige Erbeinsetzung üblich, ebenso bei Erbverbrüderungen zwischen Familien oder Linien hochadeliger Häuser (für den Fall des Aussterbens des einen). Die Verträge erfassen entweder den ganzen Nachlaß oder eine Quote; beziehen sie sich nur auf einzelne Gegenstände, so wird kein Erbrecht, sondern nur ein Vermächtnisanspruch begründet (Vermächtnisvertrag). Im Gegensatz zum gemeinen Recht verlangen die neueren Gesetze bestimmte Vertragsformen, meist Schriftlichkeit oder Gerichtlichkeit; das geltende Recht schreibt, wie schon das ALR. und das ABGB. 1249, die öffentliche Testamentsform vor. Die Wirkung des Vertrags ist eine erbrechtliche, tritt also erst mit dem Tode des Erblassers ein. Dieser ist daher bei Lebzeiten in der Verfügung über sein Vermögen unbeschränkt, ABGB. 1252, nur kann er den Erbvertrag als solchen einseitig weder widerrufen noch ändern. Weitergehend sichern einige Rechte den Vertragserben durch das Recht zur Anfechtung gewisser (besonders schenkweiser) Verfügungen; das BGB. gibt ihm nur einen auf bestimmte Fälle beschränkten Bereicherungsanspruch.

b) Der Erbverzicht als vertraglicher Verzicht auf ein bestehendes Erbrecht kam schon im Mittelalter häufig vor, bei Abschichtung von Söhnen oder Verheiratung von Töchtern. Er konnte mit dem Erblasser oder unmittelbar mit den Begünstigten abgeschlossen werden. Regelmäßig wurde formeller Abschluß, vielfach Gerichtlichkeit verlangt. Hieran hat das neuere Recht im Gegensatz zum gemeinen festgehalten; das geltende Recht fordert gerichtliche oder notarielle Form. Der Vertrag kann heute nur noch mit dem Erblasser selbst abgeschlossen werden. Durch den Verzicht hört der Verzichtende auf, Erbe zu sein. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht wirkt nach deutschem Recht (im Gegensatz zum gemeinen) im Zweifel auch für die Nachkommen des Verzichtenden.

Im Adelsrechte bezweckte der Erbverzicht der Töchter (und der jüngeren Söhne) die Zusammenhaltung der Familiengüter. Die Töchter mußten bei der Verheiratung auf ihr Erbrecht verzichten, häufig aber nur beschränkt, zugunsten des Mannesstammes. Bei Aussterben des Mannesstamms sprach dann die ältere Praxis die Erbschaft der verzichtenden Tochter und ihrer Linie zu (Regredienterbin), die jüngere der Tochter oder dem nächsten Verwandten des letzten Besitzers (Erbtochter).

Schrifttum: Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, 1835/40.

II. Testamente.

1. Dem älteren Recht waren einseitige letztwillige Verfügungen unbekannt. Doch wurden in fränkischer Zeit Seelgerätstiftungen auch ohne Vertrag und ohne sofortige sachenrechtliche Wirkung als erbrechtlich wirksam behandelt. Es galt als selbstverständlich, daß der Erblasser über den Freiteil zum Heile seiner armen Seele verfügte; die Kirche erzwang diese Verfügungen mit ihren Machtmitteln und setzte sich für ihre Wirksamkeit ein. Das römische Testamentsrecht wirkte hierbei nach, das die Kraft des einseitigen letzten Willens anerkannte. Diese Testamente älteren Stils blieben auf die Seelberatung beschränkt, und erst im Hochmittelalter ist man darüber hinausgegangen, in manchen Gebieten, besonders in Sachsen, freilich nur zögernd.

Auch hierbei war die Kirche nicht ohne Einfluß, die schon früh die Testamente der Geistlichen zur Anerkennung brachte und für die Testierfreiheit eintrat. Wichtiger aber war, daß der Gedanke des Hausvermögens verblaßte und die Verfügungsmacht des Einzelnen über sein Eigentum immer stärker durchgriff. So entwickelte das deutsche Recht besonders in den Städten aus eigenem Gedankengut Testamente jüngeren Stils: einseitige und widerrufliche letztwillige Verfügungen zu beliebigen Zwecken. Es hat dabei grundsätzlich an dem Erfordernis der Öffentlichkeit der Vergabung festgehalten; verlangt wurde Errichtung des Testaments vor Gericht oder Rat oder wenigstens seine Vorlegung durch den Testator. Nur bei schwerer Krankheit wurde auf sein Erscheinen vor der Obrigkeit verzichtet und die Erklärung des letzten Willens vor einer Abordnung für genügend erklärt. Doch machte sich der Einfluß des wesentlich formfreieren Klerikertestamentes vielfach geltend, und insbesondere wurde die Errichtung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen häufig angewandt, aber noch im 15. Jahrhundert meist verboten. Seit Beginn des 14. Jahrhunderts wurden von Notaren Testamente errichtet. Wesentlich für dieses deutsche Testament war, daß es (im Gegensatz zum römischen) die Einsetzung eines Erben nicht verlangte, sondern sich auf die Verfügung über einzelne Gegenstände des Nachlasses beschränken konnte. Soweit keine letztwillige Verfügung vorlag, fand gesetzliche Erbfolge statt; gesetzliche und testamentarische Erbfolge konnten also im gleichen Erbfall nebeneinander bestehen.

2. Das neuere Recht. Seit der Rezeption hat das römische Testamentsrecht starken Einfluß gewonnen. Als Testamentsform wurde das justinianische Privattestament mit sieben gebetenen Zeugen rezipiert, ohne praktisch vorzudringen. Vielmehr hielt man an der öffentlichen Testamentserrichtung im wesentlichen fest. Neben dem gerichtlichen Testament, das vor Gericht erklärt oder dem Richter in einem Schreiben übergeben wurde, war das in gleichen Formen errichtete notarielle Testament anerkannt. Beide wurden von den Kodifikationen übernommen. Das Privattestament des gemeinen Rechts wurde von manchen Rechten

durch Kürzung der Zeugenzahl vereinfacht. Das französische und österreichische Recht beseitigten die Zeugen ganz und anerkannten das private eigenhändige Testament ohne Zeugen. Daneben wurden erleichterte Testamentsformen (für Soldaten, für das Land, für Seuchenzeiten, für die Seefahrt) ausgebildet. Das geltende Recht hat neben den öffentlichen Testamentsformen das private eigenhändige Testament und die außerordentlichen Testamentsformen übernommen und diese im Testamentsgesetz von 1938 näher ausgestaltet..

Rezipiert wurde der Satz des römischen Rechts, daß jedes Testament eine Erbeinsetzung enthalten müsse (heredis institutio est caput et fundamentum testamenti). Dieser ging in die meisten Partikularrechte über (ALR., ABGB. 553). Aber auch dann waren Verfügungen ohne Erbeneinsetzung meist als Kodizile gültig. Einzelne Rechte haben aber das Erfordernis der Erbeneinsetzung überhaupt nicht aufgenommen, und dem ist das BGB. gefolgt.

Der CC. kennt nur Legate. Sie können auf den Gesamtnachlaß (legs universels), auf einen realen oder ideellen Nachlaßteil (legs à titre universel) oder auf bestimmte Gegenstände (legs à titre particulier) gerichtet sein. Auch wem der ganze Nachlaß zugewendet ist, bleibt légataire; héritier ist ausschließlich der gesetzliche Erbe.

Das englische Testament kennt keine Erbeinsetzung, jede letztwillige Verfügung ist Vermächtnis (legacy); wird Land vermacht, so spricht man von devise. Es ist gültig, wenn es schriftlich vom Testator mit zwei Zeugen beurkundet ist.

3. Gemeinschaftliche Testamente kamen seit dem 14. Jahrhundert zwischen Ehegatten in Gebrauch. Im gemeinen Recht war ihre Rechtsnatur streitig; vielfach wurden sie als Erbverträge behandelt. Man unterschied die bloß gemeinsamen Testamente (testamenta simultanea), die nur zwei Testamente äußerlich verbinden, von den gemeinschaftlichen (testamenta reciproca), in denen sich zwei Personen gegenseitig zu Erben einsetzen; im zweiten Fall können die beiderseitigen Verfügungen so voneinander abhängen, daß Widerruf oder Ausführung der einen auch für die andere entscheidend ist (t. correspectiva). Manche Kodifikationen haben sie allgemein zugelassen, andere völlig ausgeschlossen (so CC.). Das ALR. und ABGB. 1248 gestatten ihre Anwendung unter Ehegatten, so auch das BGB. 2265.

Schrifttum: Pauli: Abh. aus dem lübischen Recht III, 1841. — v. Wyss in Z. f. schweiz. Recht 65 (1875), S. 68ff. — Demuth: Die wechselseitige Verfügung von Todes wegen (Gierkes Unters. 65), 1901. — O. Löning: Das Testament im Gebiete des Magdeburger Stadtrechts (Gierkes Unters. 82), 1906. — Pappenheim: Festgabe für den 28. Deutschen Juristentag, 1906. — Schreiber: Das Testament des Fürsten Wolfgang von Anhalt, 1913 (Beyerles Beitr. 9, 2). — Rietschel bei Hoops IV, S. 311. — Heymann: Das Testament Friedr. Wilhelms III., 1925. — Aders: Das Testamentsrecht der Stadt Köln im Mittelalter, 1932. — Lentze: Das Wiener Testamentsrecht des Mittelalters, 1948.

§ 100. Testamentsvollstrecker.

I. Das ältere Recht. Schon die ältesten Formen der Vergabungen von Todes wegen wandten einen Salman an. Auch später

wurde der Seelteil häufig zunächst an einen Salmann tradiert, der erst am Begräbnistage die bedachte kirchliche Anstalt zu investieren hatte. Der Salmann erhielt Eigentum und Gewere am Seelteil, aber nur zu treuen Händen; er war dem Schenker nach seinem Tode zur Ausführung der Schenkung verpflichtet.

Nach Ausbildung des Testaments wurde der im Testament vom Erblasser bestellte Salmann zum Testamentsvollstrecker. Auch hier erhielt er Gewere und Eigentum, ja es blieb noch Gebrauch, ihm bei der Testamentserrichtung durch Tradition die gegenwärtige oder eine durch den Tod des Testators aufschiebend bedingte Gewere zu bestellen. Jedenfalls kamen ihm Gewere und Eigentum am Nachlaß mit dem Erbfall zu. Denn der Testamentsvollstrecker war Erbe, Erbe zu treuer Hand. Die ihm testamentarisch anvertrauten Nachlaßgegenstände kamen in sein Eigentum, er verfügte über sie wie über eigne. Wie der Inhalt der Testamente erweiterten sich auch seine Befugnisse ständig. Er hatte Schulden und Vermächtnisse zu erfüllen, den Nachlaß zu liquidieren und zu verteilen, vielfach auch das Begräbnis zu besorgen und die Kinder zu bevormunden. Daß er hierbei den Bestimmungen des Testators nachkam, wurde durch die Treue garantiert, zu der sich der Testamentsvollstrecker dem Toten gegenüber verpflichtet fühlte, als dessen Beauftragter er erschien. Doch genügte diese Bindung bald nicht mehr. Weltliche wie geistliche Obrigkeit begannen, ihn ihrer Aufsicht zu unterstellen, verlangten Inventarerrichtung und Sicherheitsleistung. Seine Stellung wurde mehr und mehr als Amt betrachtet.

II. Das neuere Recht. Das römische Recht kannte keine Testamentsvollstrecker. Doch hielten auch nach der Rezeption die Partikularrechte an dem alten Institut fest, so ABGB. 816. Seine rechtliche Natur war in der Theorie lebhaft umstritten. Man erklärte ihn als Beauftragten des Erben oder des Erblassers, als Vertreter des Erblassers oder des Nachlasses, als Beamten. In Wahrheit ist er Treuhänder im Sinne des deutschen Rechts, der in eigenem Namen, aber im Interesse der Erben nach den Weisungen des Testators tätig wird. Er ist heute nicht mehr Erbe, auch nicht Beamter, doch untersteht er der Aufsicht des Nachlaßgerichts. Auch ist er den Erben und Vermächtnisnehmern für die Durchführung seiner Aufgabe verantwortlich, vgl. BGB. 2197ff., ZGB. 517f.

In England ging seit dem 12. Jahrhundert der Fahrnisnachlaß an den Bischof oder einen im Testament ernannten executor als Universalnachfolger mit der Verpflichtung, den Nachlaß zu verwalten und zu verteilen. Seit dem 14. Jahrhundert war der nächste Verwandte zum administrator zu bestellen, wenn kein executor im Testament bestimmt war. Erst seit 1897 wurde dem Testamentsvollstrecker auch der Immobiliarnachlaß zu treuhänderischer Verwaltung und Verteilung übergeben. Heute (seit 1925) wird der Testamentsvollstrecker treuhänderischer Eigentümer des gesamten Nachlasses, mit Ausnahme von settled land, für das besondere Treuhänder als Erbschaftsverwalter eintreten.

Schrifttum: Beseler: Von den Testamentsvollziehern, Z. f. deutsches Recht 9 (1845), S. 144ff. — Alfred Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung (Gierkes

Unters. 49), 1895. — Caillemer: Origines et développement de l'exécution testamentaire, 1901. Vgl. Schrifttum zu § 12. Vgl. auch Bruck: Grünhuts Zeitschr. 40 (1914), S. 533.

Zweiter Teil.

Die Rechtsstellung des Erben.

§ 101. Der Erbschaftserwerb.

I. Das ältere Recht. Die Erbschaft geht mit dem Augenblick des Todes des Erblassers auf den Erben über. Dieser Satz hat seine Wurzeln in der alten Hausgemeinschaft; hier wuchs der Anteil, der mit dem Tode eines Hausgenossen frei wurde, den übrigen Gesamthändern an. Mit der Ausbildung des Erbrechts ergab er sich für den engeren Erbenkreis ohne weiteres und wurde auch bei Vererbung im weiteren Kreise sowie für den gewillkürten Erben zur Anwendung gebracht. Der Tote selbst ist es, der den Erben in die Erbschaft einsetzt: Der Tote erbt den Lebendigen. Er verschafft ihm die Gewere: le mort saisit le vif. Es gibt im deutschen Recht keine hereditas iacens. Auch der Abwesende, ja der unbekannte Erbe erlangt mit dem Anfall (angevelle) Eigentum und wenigstens ideelle Gewere.

Es bedarf daher nicht einmal der Kenntnis des Erben vom Erbfall, geschweige denn einer Annahme oder Besitzergreifung. Dennoch ist eine förmliche Besitzergreifung üblich geworden, vor allem für den beim Erbfall abwesenden Erben, der durch Besitzergreifung seine ideelle Gewere zur leiblichen wandelte und die Entstehung einer rechten Gewere anderer Erbanwärter hinderte.

Daran hat sich im Hochmittelalter eine gerichtliche Erbeinweisung angeschlossen, die sich allmählich über ganz Deutschland verbreitete. Sie war zunächst auf einzelne Fälle beschränkt. Im Falle des Erbschaftsprozesses wurde z. B. ein Erbanwärter vom Gericht provisorisch in die Gewere eingewiesen, nachdem das Gericht die Erbanwartschaft summarisch geprüft hatte; in den Niederlanden wurde das Vorverfahren im Sterbehaus selbst abgehalten, wobei der Erbansprecher am Sterbehause einen Anefang vornahm (Sterbehausrecht). Oder das Gericht hatte den Nachlaß bereits in Verwahrung genommen, weil der Erbe abwesend oder überhaupt unbekannt war. Auch dann wurde der sich meldende Erbe nach Prüfung seines Erbrechts, vielfach gegen Sicherheitsleistung, vom Gericht in die Erbschaft eingewiesen. Die Besitzeinweisung war regelmäßig nur innerhalb Jahr und Tag zulässig; bei Besitzergreifung durch einen Dritten schon deshalb, weil der Dritte dann die rechte Gewere erlangte. Nach Ablauf der Frist kam nur noch die Erbschaftsklage in Betracht. Im Spätmittelalter haben manche süddeutschen Rechte begonnen, die Nachlaßregelung in allen Fällen der Obrigkeit zu überlassen; dann bedurfte der Erbe stets der gerichtlichen Einweisung.

Nicht die Besitzergreifung, wohl aber die Auseinandersetzung unter den Erben war vom Ablauf des 30. Tages seit dem Sterbefall abhängig (der Dreißigste). Während der 30 Tage fanden Totenfeiern statt, durfte die Ruhe des Sterbehauses nicht gestört werden. Der Erbe konnte zwar bereits in das Gut ziehen, aber er konnte die Witwe nicht vom Gute vertreiben, das Gesinde nicht entlassen. Die Kosten des Haushalts fielen der Erbmasse zur Last. In der gleichen Frist war der Erbe auch gegen Ansprüche der Nachlaßgläubiger geschützt. Auch nach BGB. muß der Erbe innerhalb 30 Tagen wenigstens den Haushalt des Erblassers aufrechterhalten, 1969. Nach ABGB. 1243 erhält die Witwe nach dem Tode des Mannes sechs Wochen lang eine Verpflegung aus der Verlassenschaft.

II. Die Neuzeit. Das römische Recht ließ einen unmittelbaren Erbanfall nur für die Kinder (sui heredes) eintreten; alle anderen Erben erwarben die Erbschaft erst durch die Annahme, die ausdrücklich (hereditatis aditio) oder stillschweigend (pro herede gestio) erfolgen konnte. Das wurde gemeines Recht, dem sich viele Partikularrechte anschlossen. Andere ließen deutschrechtlich das Eigentum weiter mit dem Erbfall auf den Erben übergehen (ALR., beschränkt auch CC.), verlangten aber einen besonderen Erwerb des Erbschaftsbesitzes durch Besitzergreifung. Dagegen hat das geltende Recht wieder den deutschrechtlichen Gedanken durchgeführt: der Erbe erlangt mit dem Erbfall nicht nur Eigentum, sondern auch den Besitz des Nachlasses unmittelbar (BGB. 1922, 857; ZGB. 560). Einer Annahme bedarf es nicht, doch kennt das ZGB. Ausnahmen (574, 575). Die Annahme bedeutet Verzicht auf Ausschlagung.

Die Mitwirkung der Obrigkeit bei der Nachlaßregulierung hat das neuere Recht beibehalten. Das ABGB. schreibt sie in allen Fällen vor, 797. Dagegen haben die meisten Kodifikationen die Mitwirkung auf gewisse Fälle besonderen Bedürfnisses beschränkt (ALR., CC.). Das ist auch der Standpunkt von BGB. (1960) und ZGB. (551ff.), die nur eine Sicherung des Nachlasses kennen. Über das Erbrecht erteilt das Nachlaßgericht ein Zeugnis, den Erbschein, der eine Vermutung für das Erbrecht begründet und öffentlichen Glauben genießt (BGB. 2353ff., vgl. ZGB. 559).

Der Erbe kann die Erbschaft ausschlagen. Dann wird sein Erwerb rückgängig und die Erbschaft gilt mit dem Erbfall als vom Nächstberufenen erworben. Das Recht der Ausschlagung geht verloren mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist und durch die Annahme (BGB. 1942ff., ZGB. 566ff.).

Schrifttum: Homeyer: Der Dreißigste, Abh. Berl. 1864. — Cosack: Der Besitz des Erben, 1877. — Behrend: Anevang und Erbengewere, 1885. — K. Beyerle: Urkundenfälschungen (oben zu § 49). — Herold: Der Dreißigste und die rechtsgeschichtliche Bedeutung des Totengedächtnisses, Zeitschr. für Schweiz. Recht 57, 1938.

§ 102. Die Erbenhaftung.

I. Im älteren Recht trifft die Haftung für seine Schulden nur den Toten selbst. Die Schuld ist ein persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner. Stirbt der Schuldner, ohne geleistet zu haben, so liegt Vertragsbruch vor, ein diebliches Entführen des Geschuldeten. Der Gläubiger ist daher zu Zwangshandlungen gegen den Toten befugt, die sich in ältester Zeit freilich auch gegen seine Sippe richten. Der Erbe des Toten aber muß dessen Schulden zahlen, weil ihm die Pflicht des Totenkults obliegt, eine religiös-ethische Pflicht, keine rechtliche. Eine Haftung des Nachlasses findet nicht statt, da dem älteren Recht eine Vermögenshaftung unbekannt ist (oben § 57, I, 2c) und der Tote aufgehört hat, Herr des Vermögens zu sein.

II. Das Mittelalter, das Zwangsmaßnahmen gegen den Leichnam des Schuldners verbietet, hat dennoch eine Haftung des Nachlasses nur allmählich zugestanden. Im Sachsenspiegel findet nur eine Haftung mit der Fahrnis des Nachlasses statt. Über diese konnte ja der Erblasser frei verfügen; Liegenschaften waren durch die Wartrechte der Erben schon bei Lebzeiten des Erblassers gebunden. Weiter waren höchst persönliche Schulden ausgenommen, Deliktsschulden, Leibbürgschaft, Spiel usw. Der Nachlaß haftete überhaupt nur für Schulden, für die ein Gegenwert (wederstadinge) in den Nachlaß gekommen war, wie etwa bei Kauf, Leihe, Darlehen. Doch ist das Mittelalter nach zwei Richtungen weitergegangen. Einmal wurde die Haftung auf alle Schulden ausgedehnt, soweit sie nicht als höchstpersönliche anzusehen waren; selbst Deliktsschulden des Erblassers sollte der Erbe wenigstens nach kanonischem Recht bezahlen. Und weiter ergriff die Haftung nun den ganzen Nachlaß, auch die Liegenschaften, seitdem diese den Erbgutscharakter abgestreift hatten. Der Nachlaß kam also zunächst den Gläubigern zu: creditores sunt propinquissimi heredes. Die Gläubiger konnten diese Haftung durch Nachlaßkonkurs geltend machen. Der Erbe konnte sich durch Abtretung des Nachlasses an die Gläubiger von jeder Haftung befreien. Eine Haftung des Erben mit seinem eigenen Vermögen war grundsätzlich ausgeschlossen; nur in Ausnahmefällen, z. B. durch vorsätzliche Schädigung der Gläubiger, zog er sie auf sich.

III. Die Neuzeit. Das römische Recht, nach dessen Anschauung sich im Erben die rechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, ließ diesen zum persönlichen Schuldner an der Stelle des Erblassers werden und daher mit seinem eigenen Vermögen auch über den Betrag des Nachlasses hinaus haften. Diese unbeschränkte Haftung haben die meisten Partikularrechte angenommen. Das ABGB. gestattet aber dem Erben, eine bedingte Erberklärung zu wählen, die eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nach sich zieht, 801f. Andere Rechte fassen das römische beneficium inventarii als Pflicht des Erben auf, für deren Versäumen die Strafe der persönlichen Haftung eintritt. Wie schon das Naturrecht, kehrt das ALR. zur Beschränkung der Haftung auf den

Nachlaß zurück. Auch nach dem BGB. haftet der Erbe nur mit dem Nachlaß; die endgültig unbeschränkte Haftung tritt nur ein, wenn der Erbe eine ihm gesetzte Inventarfrist versäumt oder ein falsches Inventar zum Schaden der Gläubiger einreicht, 1994, 2005. Nach ZGB. haftet der Erbe unbeschränkt nur, wenn er eine ihm gesetzte Ausschlagsfrist versäumt, vgl. 571.

Im englischen Recht bestand bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts nur eine Haftung des Fahrnisnachlasses. Mit dem Grundstücksnachlaß haftete der Erbe nur, wenn er sich für die Schuld persönlich verpflichtet hatte. Heute ist die Schuldenhaftung auf den Nachlaß beschränkt. Der Erbschaftsverwalter wird als Treuhänder Schuldner der hinterlassenen Schulden, die er zu bezahlen hat, bevor die Verteilung stattfindet. Der Erbe übernimmt keine eigene Haftung.

Schrifttum: Stobbe: Jb. d. gem. d. R. 5 (1862), S. 293. — Lewis: Sukzession des Erben in die Obligationen des Erblassers, 1864. — v. Freytag-Loringhoven: ZRG. G. 27 (1906), S. 97; 28 (1907), S. 69.

§ 103. Die Erbengemeinschaft.

I. Das ältere Recht. Waren menrere gleichnahe Erben berufen, so ging der Nachlaß auf sie gemeinschaftlich über. Sie waren Ganerben, bildeten eine Gemeinschaft zu gesamter Hand. Jedem Miterben stand ein Anteil an der Erbschaft zu, über den er freilich nicht selbständig verfügen konnte. Doch konnte jeder Erbe jederzeit die Teilung des Nachlasses verlangen, eine Regelung, deren Gefahren durch die Sitte oder durch Vertrag vielfach gemildert wurden. Besonders hielt die Bauernschaft, auch wo das Anerbenrecht nicht bestand, an ungeteilter Wirtschaft fest.

Fand eine Teilung statt, so wurde unter den Ganerben zu gleichen Teilen, d. h. nach Köpfen, geteilt. Nach Aufnahme des Repräsentationsrechtes änderte sich das, insofern die neben Söhnen erbenden Enkel zusammen nur den Erbteil erhielten, der ihren Eltern zugekommen wäre; hier wurde also nach Stämmen geteilt. Dagegen blieb die Teilung nach Köpfen in all den Fällen erhalten, wo nur Verwandte der gleichen Stufe in Betracht kamen.

Für die Verteilung galt im sächsischen Recht das Kürrecht des Jüngeren: Der Ältere soll teilen, der Jüngere soll wählen. Waren mehrere Erben da, so entschied vielfach das Los. Unteilbare Sachen und Grundstücke wurden meist einem Erben überlassen, der die übrigen zu entschädigen hatte. Der Wert wurde dabei besonders bei Grundstücken durch das Setzen zu Gelde ermittelt. Ein Miterbe, der durch das Los bestimmt wurde oder wegen Geschlechts oder Lebensalter ein Vorrecht hatte, setzte den Wert des Grundstückes fest; die anderen konnten dann wählen, ob sie das Grundstück zu diesem Preise übernehmen oder es dem Setzenden überlassen wollten. Andere Rechte anerkannten bei Grundstücken das Vorrecht eines bestimmten Erben, des Sohnes vor der Tochter, des ältesten oder auch des jüngsten Sohnes, der das Grundstück gegen Entschädigung der anderen Erben erhielt.

Bei der Verteilung des Nachlasses waren die Erben ausgleichspflichtig. Da gleichnahe Erben gleichviel zu erhalten hatten,

mußten die Erben die Gaben, die der Erblasser ihnen schon zu Lebzeiten hatte zukommen lassen, in die Erbschaftsmasse einwerfen. Die Einwerfung fand nicht durch körperliche Rückgabe, sondern nur durch Verrechnung statt. In Betracht kam besonders die Ausstattung, die der Sohn bei Gründung eigenen Hausstands, die Tochter bei der Heirat erhalten hatte. Ausgenommen waren Gegenstände des persönlichen Bedarfs, wie Kleider, Waffen, Pferde, weiter solche, deren Einbringung der Erblasser ausgeschlossen hatte. War die Zuwendung als Erbabfindung gegeben, so kam das Kind als Erbe nicht mehr in Betracht, war daher auch nicht einwerfungspflichtig.

II. Die Neuzeit. Nach gemeinem Recht hatten die Miterben römisches Miteigentum nach Bruchteilen an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Das ging in mehrere Partikularrechte über, ABGB. 555. Dagegen regelte das ALR. die Erbengemeinschaft wieder als Gemeinschaft zu gesamter Hand. Das ist auch der Standpunkt des BGB., wo aber Sätze der Bruchteilsgemeinschaft mit aufgenommen sind; so kann z. B. der Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß selbständig verfügen, freilich sind die anderen Miterben dann vorkaufsberechtigt (2033ff.). Strenger führt das ZGB. den Gesamthandsgedanken durch (602); doch sind die Erben für die Schulden solidarisch haftbar (603).

Die Erbschaft wird auch im neueren Recht zwischen gleichstufigen Verwandten nach K ö p f e n geteilt, zwischen entfernteren Deszendenten, z. B. Enkeln, nach S t ä m m e n. Während noch ein Beschluß des Speyerer Reichstags von 1529 Geschwisterkinder nach Köpfen erben läßt, haben die neueren Rechte Teilung nach Stämmen angeordnet. Auch nach geltendem Recht wird nur unter die nächsten Erben nach Köpfen, sonst nach Stämmen geteilt (BGB. 2047, 1924 Abs. 3; ZGB. 611).

Für die A u s g l e i c h s p f l i c h t wurde im gemeinen Recht das römische Kollationsrecht entscheidend, so auch ABGB. 787ff. Dagegen hat das neue Recht wieder die Regeln des deutschen Einwerfungsrechtes aufgenommen (BGB. 2050ff., ZGB. 626ff.).

Rechtssprichwörter

Bonorum possessiv unde vir et uxor 223
Creditores sunt propinquissimi heredes 167, 238
Cuius regio eius religio 22, 34
Das Gut rinnt wie das Blut 155, 221
Das Kind folgt der ärgeren Hand 37, 146, 209
Der Ältere soll teilen, der Jüngere küren 168, 239
Der Bauer hat nur ein Kind 159, 227
Der Tote erbt den Lebendigen 67, 99, 165, 236
Der Überlebende behält das Seinige 201
Dies interpellat pro homine 97, 141
Donner et retenir ne vaut 162, 231
Ein Mann, ein Wort 14, 23
Eisern Vieh stirbt nie 107, 154
Erbgut geht wieder den Weg, daher es gekommen 155, 221
Frauengut soll weder wachsen noch schwinden 139, 199
Gedinge bricht Landrecht 138, 197
Geiselmahl köstlich Mahl 114, 164
Hand wahre Hand 81, 83, 119, 120, 121, 122
Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat erworben 80, 118
Heirat macht mündig 25, 39, 143, 145, 204, 207
Heredis institutio est caput et fundamentum testamenti 234
Huer geit voer coep 106, 154
Je näher dem Blut, je näher dem Gut 153, 218
Ipso jure compensatur 139
Kauf bricht Miete 107, 154
Kauf bricht nicht Miete 106, 154, 155
Kindergut soll weder wachsen noch schwinden 145, 207
Kinderzeugen bricht Ehestiftung 138, 198
Kindes Gut ist eisern Gut 145, 207
Längst Leib längst Gut 141, 201
La recherche de la paternité est interdite 146, 209
Leent gud egen gud 108, 155
Le mort saisit le vif 67, 99, 165, 236
Les propres ne remontent pas 155, 221
Man glaubt den Augen weiter als den Ohren 15, 25
Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden 149, 213, 214
Nemini res sua servit 58, 85
Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet 81, 119
Nudus consensus facit nuptias 130, 186
Nul n'est bâtard de sa mère 146, 209
Ohne Faust kein Pfand 76, 112
Pater est quem nuptiae demonstrant 206
Paterna paternis, materna maternis 155, 221
Reichsrecht bricht Landrecht 11, 19
Sehen geht über Hören 15, 25
Servitus in faciendo consistere nequit 58, 85
Simple transport ne saisit point 100, 145
Solus deus heredem facere potest, non homo 152
Soviel Mund, soviel Pfund 155, 221
Stadtluft macht frei 17, 23, 28, 36

Superficies solo cedit 40, 61
Ubi rem meam invenio, ibi vindico 83, 122
Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis 39, 60
Was in des Nachbars Hof fällt, ist sein 45, 67
Was nicht erwintert wird an Vieh, soll auch nicht gesömmert werden 58, 85
Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten 45, 67
Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf 105, 151
Wer nicht will deichen, muß weichen 31, 47
Wer sät, der mäht 80, 118
Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben 153, 219
Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht 11, 19
Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen 81, 119, 120

Sachverzeichnis

Abandon 51
Abbaurecht 76, 78
Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte 38
Abgeleiteter Erwerb 91, 107ff., 118f.
Ablösung 86, 89f.
Abmarkung 66
Abschichtung 39, 202, 203, 205, 221, 229, 232
Abschoß 34
Absetzung eines Vormundes 214
Absolutes Recht 56
Absoluter Staat 6, 50, 52
Abstrakte Verträge 168f.
Abtretung 119, 144, 145f.
Abtretung des Nachlasses 238
Abtretungsverbote 146
Abwachsung 43
Abwesenheit 28, 32f., 216, 236
Accursius (gest. um 1260) 5
achtendeele 181
act of God 145
actio empti 151
— negatoria 110
— redhibitoria 151
— quanti minoris 151
Adel 29, 36, 37, 39, 57, 68, 69, 74, 83, 174, 183, 184, 185, 195, 197, 199, 232
Adlige Sippe 68
administrator 235
Adoption 204, 212, 229
Ältere Gewerkschaft 51
Ärgere Hand 36, 37, 209
Äußerer Zufall 143, 144
Affatomie 25, 211, 229
affiliation order 210
Afterleihe 83
agency 28
Agnaten 68, 69, 83, 84, 183, 225
Agnation 177
Agrargenossenschaften 45ff., 85
Agrarkommunismus 45
Akkordlohn 160
Akkordvertrag 77, 160
Aktie 25, 51, 169
Aktiengesellschaft 50, 51, 77
Akkusationsrecht 190
Aktionensystem 22
Aktive Assistenz 187
Akzessorische Hypothek 95, 96
Albrecht, Wilhelm, Eduard (1800—1876) 10, 99, 101
alien enemy 34
Alimentationspflicht 209, 210
Allgemeine Gütergemeinschaft 195, 196, 197, 200, 201, 202, 203
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich, 1811) 7
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794) 6
Allmende 45, 46, 65, 72, 73, 74, 84, 85, 105
Allodialinvestitur 109
Almosen 229
Alpgenossenschaft 47
Altbürgergilden 52
Altenteilsvertrag 167, 227
Alter 32, 38
Alternative Inhaberklausel 171
Altersklassen 179
Alterstermine 215
Altersvormundschaft 212
Altertumsfunde 117
ameublissement 60
v. Amira, Karl (1848—1930) 129, 132, 135, 165, 182
Amortisation 29
Amtsadel 36, 68
Amtsgut 68
Amtsvormundschaft 210, 215, 216
anafangjan 121
Anefang 117, 121, 150, 236
Anefangsklage 121
Aneignung 116, 117, 144, 145
Anerbengut 97
Anerbenrecht 227, 239
Anfechtung 23, 29 130, 167, 205, 206, 232
Angeld 134, 135, 158
Angestellte 27
angevelle 236
animus domini 101
Ankindung 212
Annahme 24, 151
Annahme an Kindes Statt 211
Annahme der Erbschaft 236, 237
Annahme der Leistung 140
Annahmeverzug 140, 149
Anrüchigkeit 37
Anschreinungsklausel 72
Anstalten 52f., 55, 74, 88, 167, 224, 225, 235
Anteilige Haftung 148
Anteilsgläubigerschaft 148, 149
Anteilsschuld 147, 148
antichrèse 96
Antrag 24, 138
Anwachsung 43, 201, 217, 236
Anwaltschaft 12
Anwartschaftliche Gewere 92, 100, 101, 116, 230
Anwartschaftsrecht 63, 68, 70, 96, 127, 178, 180, 202, 228, 229, 236
Anweisung 169
Arbeitskraft 157
Arbeitsrecht 4, 50
Arbeitsvertrag 124, 125, 134, 157ff., 160, 162
Arrest 94
Arrha 133, 134, 135, 149, 185

Arrhalvertrag 129, 133, 134, 149, 154, 160, 185
Assistenz, aktive, passive 187
Aszendenten 181, 189, 220, 221, 222, 223, 225, 227, 228
attornatus 28
Aufgebot 28, 92, 107, 117, 187
Aufgebotsverfahren 29, 32, 108, 118
Auflage 130, 230
Auflassung 28, 91, 99, 100, 102, 104, 107, 108, 109, 152
Auflösende Bedingung 91
Auflösung 65, 69
Auflösung der Ehe 33, 185, 190ff., 194, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 205
Aufnahme des Kindes 30, 177, 178, 203f., 205, 209
Aufrechnung 139
Aufrecken des Fingers 131
Aufschiebende Bedingung 83, 91, 126, 127, 235
Aufschlagen der Augen 30
Augustin (354—430) 229, 230
Ausgleichspflicht 148, 239, 240
Ausgleichung 147
Auslieferung 175, 176
Auslobung 137, 138
Aussatz 39
Ausschlagen der Erbschaft 225, 226, 237, 239
Ausschließliches Aneignungsrecht 116f.
Außereheliche Verwandtschaft 210
Außergerichtliche Pfandnahme 124, 128, 141, 158
Außerordentliche Testamentsformen 234
Aussetzung 30, 203, 204
Aussteuer 194, 195, 197, 198, 199, 240
Ausübung der Rechte 19ff.
Autonomie 17, 21, 37, 49, 69
Bäuerliche Gemeinderschaften 43, 65f.
Bäuerliche Leihe 79ff.
bailments 133, 161
Baldus de Ubaldis (1327—1400) 5
balemund 214
banchart 209
Bannlegung 140
Bannrechte 29, 76
Bargeschäft 24, 124, 133, 149
Barkauf 133, 150
Bartolus de Sassoferrato (1314—57) 5
Bastard 209, 210
Bauern, Geschäfte von 25
Bauernbefreiung 3, 81, 89
Bauerngüterrecht 226f.
Bauernlegen 80
Bauhandwerker 159
Baurecht 60, 82
Bayrisches Landrecht (1756) 6
Beamter, Haftung des Staates 104
Beaumanoir, Philippe de (um 1250—1296) 12
Bede 88
Bedingung 91, 168, 238
Beerbte Ehe 201f., 202, 203, 233
Begebungsklausel 170
Begebungsvertrag 170, 172
Begrenzte dingliche Rechte 79ff., 112ff.
Begünstigung 175, 176
Beilager 186, 187, 194
Beischlaf 209, 210
Beisitz 198, 199, 202
Beispruchsrecht 3, 67f., 96, 194, 207, 230
Beistandschaft 38, 216
Belehnung 83, 108, 225
Benanntes Gedinge 82
beneficium 82
— divisionis 148
— inventarii 238
Bergarbeiter 77, 159
Bergbaufreiheit 76, 77
Bergelohn 118
Berggegenbuch 51
Berggemeinde 77
Berghoheit 76
Bergrecht 76ff., 106
Bergrechtliche Mineralien 77
Bergregal 76, 77
Bergschäden 78, 174
Bergteil 77
Bergung 131
Bergwerkseigentümer 78, 173
Bergwerkseigentum 20, 77, 78
Bergzehnt 76
Bernsteinregal 72
Berufsgenossenschaften 50
Berufung zur Erbschaft 219ff.
Beschränkte Erbenhaftung 238
Beschränkte Gütergemeinschaft 200f., 203
Beschränkte Haftung 130
Beschränkte Rechte 63, 155, 202
Beschränkte Rechtsfähigkeit 33ff.
Beschränkte Vermögenshaftung 129
Beschränkt verkehrsfähige Sachen 60
Beschränkung des Eigentumsinhalts 66ff.
Beschreien der Wände 30
Beschreiten des Ehebettes 184
Beseler, Georg (1809—85) 10, 18, 55, 232, 235
Besitz 62, 63, 80, 81, 92, 93, 94, 99, 100, 101, 102, 103, 111, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 123, 128, 151, 197, 198, 201, 203
Besitzeinweisung 32, 63, 99, 100, 107, 236
Besitzergreifung 94, 102, 107, 115, 137, 236, 237
Besitzerwerb, abgeleiteter 103
Besitzlose Sache 117
Besitzloses Pfand 92, 93, 114
Besitzpfand 92, 96
Besitzräumungsvertrag 107
Besitzschutzklage 110, 111
Besserung 160
Bestandteile 60, 61, 76
Bestattung 60
besthaupt 80, 230

Beurkundung 25f., 31, 102, 134, 170
Bewegliche Sachen 59f., 61, 112ff., 129, 133, 154 155, 198, 201, 203, 208, 228
Beweisführungsformen 24f., 135
Beweisurkunde 25, 170
Beyer, Georg 9
Beyerle, Konrad (1872 —1933) 27, 70, 105, 110, 237
Bienenrecht 116f.
Bildzeichen 57
bill of sale 115
Billiges Recht 15
Billigung 151
Binnenschiffahrt 161
Blackstone, William (1723—1780) 9, 12
Blindheit 39
Blutsbrüderschaft 177
Blutsverwandtschaft 177, 219, 223, 228
Bodenerzeugnisse 60
Bodengesetzgebung 4
Bodenregal 105
Bodmerei 130
Böswillige Verlassung 191
Bologna 5, 52, 186
Bote 26
Botenstab 26, 132
Boykott 50
Bratton, Henri de (um 1245—67) 112
Braupfannen 61
Brautkinder 210
Brautlauf 184
breach of contract 144
brevi manu traditio 119
Bringschuld 139, 140, 141
Bruchteilsgemeinschaft 240
Bruderschaften 48, 52
Brünner Schöffenrecht (14. Jh. 2. H.) 8
Brunnen 72
Brunner, Heinrich (1840 —1915) 14, 29, 31, 36, 68, 84, 110, 145, 153, 172, 182, 210, 223, 225, 231
Bucheid 26
Bucheintrag 101, 109
Buchersitzung 86
Büdner 81
Bürgerliche Klage 22
Bürgerlicher Tod 31
building lease 82
Bürgenschuld 162, 163, 164, 165
Bürgschaft 16, 41, 129, 132, 137, 162ff.
Burgfrieden 43, 69
Bursen 52
Busen 178
Buße 37, 125, 127, 148, 150, 172, 174, 185, 204
Bußschulden 124
buteil 80, 225

Cambacérès (1753—1824) 12
capillaturiae 212
v. Carmer, Graf (1721 bis 1801) 6
caro, una 187
Carpzov, Benedikt (1595 —1666) 6, 32
carta 25, 28, 132, 170
cartam levare 108
cautio 25
cautio indiscreta 169
caveat emptor 152
charge 96
civil death 34
v. Cocceji, Samuel (1679 —1755) 6
Code Civil (1804) 6
Codex Maximilianeus bavaricus s. bayr. Landrecht
Codex Theresianus 7, 122, 228
coheredes 42
coinvestitura 84
Coke, Edward (1552—1634) 12
commenda 44
common law 27
communio 202
communis manus 43
compagnia 44
condominium plurium in solidum 66
coniuratio 48
Conring, Hermann (1606 —1681) 6, 8
consideration 169
consolidation 12
constitutum possessorium 119
copula carnalis 187, 190
corpus 98, 101
corpus iuris 17
coutume 12
Cujacius, Jacobus (1522 —1590) 5, 12
culpa 143
cura 41, 215
cura prodigi 40

damages 173
Darlehen 90, 124, 134, 142, 155f., 238
datio in solutum 96
debita feudalia 83
decima 87
deed 96, 105, 108; 119, 153
Defensionspflicht 151
Defensivwirkung 100, 101
Deichgenossenschaft 47
Deichgeschworne 47
Deichgraf 47
Deichrecht 106
Deichrichter 47
Deichversammlung 47
Dekret Ne temere 187
Dekret Tametsi 187
Deliktsfähigkeit 55, 56
Deliktsschulden 238
depositum 162
Derelinquierte Sachen 116
Destinatäre 53, 170, 171
Deszendenten 177, 181, 189, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 240
desponsatio 187, 188
detentio 101, 154
devise 234
Dienstbarkeiten 60, 61, 63, 84, 85, 138
Dienstrecht 5
Dienstvertrag 3, 20, 134, 157ff., 160
diligentia quam in suis 143
Dingliche Rechte 26, 62, 63, 65, 68, 75, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 106, 112, 116, 153, 154, 155, 203
Dingliche Schuld 89
Dinglicher Vertrag 109
Direktionsprinzip 76
disparagium 37
Dispositive Urkunde 25, 138, 170
Dissidenten 31, 189
dissolution 192
Distriktsverleihung 76
Domat, Jean 9
dominium directum 64
dominium utile 64

donatio ante nuptias 185
— post obitum 230f.
— pro anima 230
Donnellus, Hugo (1527—1591) 5
Doppelknie 182, 183
Doppelpfändung 141
dos 185
Dotalrecht 196
Draufgabe 135
Dreiliniensystem 181, 221, 222
Dreißigste 237
Drittpfenningsrecht 141
droit coutumier 7
— d'aubaine 34
— de retour 198
— écrit 12
Durchwinterungsfuß 85

Ebenburt 36, 37
Echte Not 29, 68, 141, 143, 192, 204, 205, 207
Ehe 2, 3, 16, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 184ff.
Ehe zur linken Hand 37
Eheauflösung 3, 190ff.
Ehebruch 187, 190, 191, 192, 193
Ehegatten 20, 33, 36, 180, 183, 184, 186, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 208, 223, 224, 228, 231, 232, 234
Ehegattenerbrecht 180, 193, 196 199, 223f.
Ehegeld 80
Ehegut 41, 180, 201, 202
Ehehindernisse 3, 35, 189
Ehelichkeitserklärung 211
Eheliche Gemeinschaft 3, 180, 181, 187, 191, 194, 195, 196, 201
,— Genossenschaft 41, 42, 180, 193, 195
— Gütergemeinschaft 3, 45, 66, 148
— Kinder 177, 178, 180, 183, 197, 198, 199, 202, 203ff., 228, 237, 240
Eheliches Güterrecht 20, 131, 194ff., 223
Ehemännlicher Nießbrauch 41, 200
Ehemännliches Entscheidungsrecht 193
Ehemündigkeit 41
Ehenichtigkeit 33, 189f.
Eherecht 33, 36, 183, 184ff.
Ehescheidung 41, 187, 189, 190, 191, 193
Eheschließung 23, 25, 39, 178, 184ff., 197, 204, 210, 211, 214
Eheverträge 37, 186, 188, 190, 197f., 201, 228, 232
Ehezerrüttung 191, 192
Ehre 3, 37, 56
Ehrenminderung 37, 209
Ehrenschelte 137
Ehrenwort 137
Ehrloser Lebenswandel 37
Ehrlosigkeit 36, 37, 137
Eichhorn, Karl Friedrich (1781—1854) 10
Eidgenossenschaft 5
Eigen 59, 64, 217
Eigengewere 99, 101, 230
Eigenhändiges Testament 234
Eigenkirchenvermögen 61
Eigenmächtige Pfändung 21, 113, 154, 155
Eigentümerdienstbarkeit 85, 86
Eigentümerpfandrecht 95
Eigentum 2, 3, 26, 29, 35, 45, 46, 53, 60, 62, 63, 64ff., 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 91, 92, 93, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 127, 151, 153, 160, 163, 178, 185, 194, 195, 197, 198, 200, 202, 224, 230, 233, 236, 237
Eigentumsähnliche Rechte 63, 71ff., 79
Eigentumsbeschränkungen 66ff., 112
Eigentumserwerb 63, 67, 78, 87, 91, 96, 105, 107, 117, 127
Eigentumsklage 110, 111, 119, 122
Eigentumspfand 91, 93, 96, 115, 136
Eigentumsschutz 110, 113, 119ff.
Einforstung 74
Eingebrachtes Gut 195, 200, 202, 203
Einigung 103, 104, 107, 109, 118
Einkindschaft 208
Einlager 129, 137, 164, 165
Einlösungsrecht 112
Einrede der mehreren Zuhälter 210
— der Vorausklage 165
Einsatz der Person 129, 136
Einsegnung der Ehe 186, 211
Einseitige Rechtsgeschäfte 23
— Scheidung 190
Einseitiges Versprechen 130, 133, 137f., 172
Einspruchsrecht 25, 108
Einstimmigkeitsprinzip 43, 45
Eintragung 26, 84, 86, 87, 92, 94, 95, 96, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 113, 146, 155, 198, 227
Eintrittsrecht 221
einunga 23
Einverleibung 203
Einwerfungspflicht 240
Einzelsachen 60ff.
Eisenbahn 106, 143, 174, 175
Eisernviehvertrag 154
Elende 33
Elterliche Gewalt 206, 207, 210, 215
emancipatio 205, 207
emblements 118
Empfängniszeit 205, 206, 210
Emphyteuta 64
Engerer Kreis 178, 179, 181, 211, 218, 219, 220, 221f., 236
Englisches Recht 1, 9, 11, 12, 27, 28, 31, 32, 34, 40, 60, 65, 70, 82, 90f., 93, 96, 99, 104f., 105, 106, 108, 114, 118, 119, 123, 130, 133, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 146, 151, 152, 153, 155, 158, 161, 165, 169, 173, 174, 175, 188, 189, 192, 197, 198, 206, 208, 210, 211, 212, 214, 217, 223, 224, 228, 234, 235, 239
Enkel 178, 181, 220, 239, 240
enrolment 105
Enteignung 86, 97, 106f.

Enteignungsrecht 106f., 117
Entführungsehe 185f., 189
Entgeltlichkeit 132, 152
Entgeltliche Leihe 155
— Verwahrung 143
Entliegenschaftung 60
Entmündigung 38, 40, 215
Entschädigung 106
Entsippung 177
Entwerung 98, 99, 100
epistola 170
— evacuatoria 139
equitable estate 93
— interest 65, 96
equity 12, 27
— of redemption 93
Erbabfindung 240
Erbanwartschaft 228, 236
Erbbaurecht 60, 61, 81, 82
erbe 60
Erbe zu treuer Hand 235
Erbeinsetzungsvertrag 232
Erbeinweisung 236
Erbengedinge 228f.
Erbengemeinschaft 66, 148, 239f.
Erbengewere 102
Erbenhaftung 147, 225, 238f., 240
erbenlaub 68, 69
Erbfolgeordnung 226
Erbgang 28, 107
Erbgrenze 220, 222, 223
Erbgut 68, 217, 218, 220, 221, 223, 227
Erblehen 226
Erbleihe 80, 88
Erblosung 68, 96
Erbpacht 79, 81
Erbrecht 3, 20, 24, 39, 41, 131, 180, 181, 183, 201, 217ff.
— des Fiskus 224, 225
— an Sondervermögen 218, 225
— der Unehelichen 209, 210, 211
— des Wahlkindes 212
Erbsälzer 51, 79
Erbschaftsbesitz 237
Erbschaftserwerb 39, 68, 236f.
Erbschaftsklage 218, 236
Erbschein 237
Erbtochter 185, 232
Erbuntertänigkeit 80, 81
Erbverbrüderung 232
Erbvertrag 218, 223, 231f., 234
Erbverzicht 232
Erbzeichen 57
Erfinderrecht 21, 49, 57
Erfolgshaftung 173
Erfüllungssurrogate 139
Erfüllungsverzug 127
Erklärungstheorie 23
Ermäßigungsrecht 142
Ernennung des Vormunds 214
Errungenschaftsgemeinschaft 194, 195, 196, 197, 201, 202, 203
— von Todes wegen 197
Ersitzung 29, 83, 86, 107, 117, 119
Ersitzungsbesitz 111
Erstgeburtsrecht 69, 226
Erwerb der Rechtsfähigkeit 30
— vom Nichtberechtigten 119
Erwerbsfähigkeit 33ff.
Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften 4, 50, 51
Erwerbsgesellschaft 3, 44, 50, 55, 167
Erworbene Rechte 19
Erzeugung in der Ehe 204, 205, 206
estate 65
Evangelisches Eherecht 187f.
Eventualbelehnung 83
Eviktionspflicht 151
Ewiggeld 88
Ewigsatzung 92
Exaktionsklausel 170
executor 235
Exekutivklausel 92
exfestucatio 107
exitus 107
exitum se dicere 107
Expromission 146

faderfio 194
Fährregal 72
fänge 181
Fahrhabe 3, 40, 41, 91, 194, 195, 200, 217, 218
Fahrlässigkeit 143
Fahrnis 18, 20, 59, 60, 111ff., 199, 200, 201, 202, 207, 213, 218, 224, 238
Fahrnisbesitz 116
Fahrniseigentum 68, 111f.
Fahrnisgemeinschaft 195, 196, 197, 201, 203
Fahrnisklage 119ff.
Fahrnisnachlaß 220, 238, 239
Fahrnispfandrecht 112ff.
Fakultäten 52
Fallrecht 221
familia 178
Familie 124, 183, 194, 195, 212, 232
Familienfideikommisse 68f., 74, 84, 217, 226
Familiengut 41, 68, 69, 180, 194, 232
Familiennamen 57
Familienrat 183, 215
Familienrecht 3, 4, 20, 24, 87, 131, 177ff.
Familienschaft 181, 182, 183, 221
Familienstiftung 70, 183
fathum 178, 211
Faustpfand 112, 113, 114, 115, 127, 136, 163
fee (simple tail) 70
Fehde 21, 124, 127, 128, 163, 174, 175, 176, 180, 185, 190
Feldesfreiheit 78
Feldfrüchte 60
Felonie 83
feme covert 197
Fensterrecht 67
fente 221
feoffment 108
Fertigung 107
Feste Pfandstelle 95
festuca 107, 132, 229
— notata 132
Fetisch 132
feudum 82, 225, 226
Ficker, Julius (1826—1902) 183
Fideikommisse 69, 70, 217
Fideikommißschulden 70
fidejussio 165
fides corporalis 137
— facta 131, 132
Fiduziarisches Geschäft 26
Fiktionstheorie 55

filius nullius 210
Finderbeleihung 76
Firma 44, 57, 62
firmare cartam 170
Firmengesellschaft 45
Firmenrecht 34
Fischereifreiheit 73
Fischereirecht 61, 71, 72, 73
Fischereiregal 72
Fleischbänke 61
Flößereiregal 72
Flurzwang 66
Flußbett 71
foenus nauticum 166
foi de corps 137
Folgerecht des Imkers 117
foramundo 213
Forderungsgemeinschaft 148f.
Forderungsrecht 20, 144, 146, 173
forestae 74
Formale Rechtskraft 104
Formalismus 15, 137, 144, 187
Formalvertrag 131, 133, 134, 135, 136, 144, 149, 167, 168, 170, 189
Formelle Legalität 95
Formelles Eigentum 109
— Noterbenrecht 228
Formen der Rechtsgeschäfte 24ff., 134, 135
Formfreiheit 3, 25, 135, 146, 150
Formlose Tradition 109
Formloses Versprechen 134, 138
Formmängel 24, 190
Forstbann 75
Forsthoheit 74
Forstrecht 74
Forstregal 71, 74
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 45, 202, 203
Frachtvertrag 143, 145, 161
Französisches Recht 6, 9, 11, 12, 31, 32, 33, 34, 35, 45, 51, 65, 75, 76, 91, 96, 97, 99, 102, 104, 106, 109, 115, 117, 119, 122, 130, 136, 137, 142, 145, 151, 152, 160, 166, 168, 169, 170, 171, 174, 187, 188, 191, 196, 197, 198, 207, 208, 211, 215, 222, 224, 228, 234, 237
fraternitas 48
Frauen 3, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 82, 177, 178, 180, 184, 185, 186, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 208, 212, 214, 215, 217, 220, 221, 222, 225, 227, 228
Frauengut 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200
Frauenkauf 184f.
Frauenraub 185
freehold 103
Freie Körperschaftsbildung 54
— Leihen 80, 99, 154
— Pirsch (Recht der) 75
Freies Kindesvermögen 208
Freiheit 56, 163
Freiheiten 20
Freikux 51
Freiteil 68, 224, 228, 229, 230, 233
Freiwillige Besitzaufgabe 119f., 122
— Schulderfüllung 130, 142
Fremde 30, 33, 34, 35, 214, 215
Fremdlingsrecht 33, 34
Frensdorff, Ferdinand (1833—1931) 13, 38, 163
Friedelehe 185, 208
Friedlosigkeit 21, 30, 31, 124, 127, 128, 132, 136, 163, 175, 190
Friedrich der Große (1712—1786) 16
Fristen 28, 32, 38, 97, 103, 117, 120, 140, 152, 163, 229, 236, 237, 239
Fronden 80, 87, 88, 89
Frondienst 80
Fronhof 48, 80
Fronung 124, 128
frouwa 192
Früchte auf dem Halm 60, 150
Fruchterwerb 118
Fruchtnießung 86, 92, 97, 118
Fündigkeit 78
Fürsorgegedanke 214
Fugger 44
fulborn 204
Fund 22, 28, 117f., 131
Fundlohn 117
Fundregal 117
fusus 177

Gabe 107, 184, 194, 199, 240
gabella emigrationis 34
gage 115
gairethinx 229
Ganerben 42, 96, 139
Ganerbschaft 43, 66, 69
gartenhun 87
Gastrecht 33
Gastung 108
Gatterzins 87, 139
Gebäude 60, 61
Gebäudedienstbarkeit 85
Gebäudeeinsturz 176
Gebietshoheit 64, 74
Geborener Vormund 213, 214
Geburt 30, 31, 37, 70, 177, 199, 203, 204, 206
Gedingevertrag 77
Gefährdungshaftung 173, 176
Gefahrengemeinschaft 165
Gefahrtragung 91, 112, 113, 143, 152, 154, 156, 161
Gefahrübergang 152
Gefolgschaft 157, 162, 204
Gefreiter Berg 76
Gegenleistung 133, 149, 152
Gegenseitiger Vertrag 132, 190
Gegenstand 59
Gegenvormund 215
Geheimsphäre 56
Gehöferschaften 47
Geisel 127, 162, 163
Geiselschaft 127, 128, 129, 136, 162f., 164
Geistige Gebrechen 40, 212, 215
Geistiges Eigentum 57
Geistliche Verwandtschaft 189

Gekorener Erbe 229
— Vormund 214
Geldschuld 139, 140, 141
Gelegenheitsgesellschaft 43
Geloben zum Pfande 112f.
Gelöbnis 24, 129, 134, 146, 154, 158, 160, 167
Gemächte 231
Gemeinde-Retrakt 96
Gemeinderschaft 42ff., 51, 53, 54, 55, 65, 66, 183, 201, 231
Gemeindevermögen 46
Gemeines Hypothekenrecht 94f.
— Lehnrecht 83f.
Gemeinheitsteilung 46, 86
Gemeinnutzung 72
Gemeinschaft zu gesamter Hand 147, 239, 240
Gemeinschaftliche Testamente 234
Gemeinschaftliches Eigentum 154, 203, 230
Gemengelage 66
Generalhypothek 93f., 95, 96, 114
general offer 138
Generalsukzession 219
generatio patris (matris) 177
Genommenes Pfand 112, 113, 116
Genossenschaft 42, 45ff., 52, 53, 54, 76, 126, 165
Genossenschaftliche Kontrolle 49
Genossenschaftliches Gesamteigentum 45, 54, 59, 65
Genossenschaftsregister 26
Genossenschaftstheorie 53ff.
genuculum 179
Gepachtete Satzung 93
Gerade 61, 194, 195, 199, 217, 218
Gerber, Karl Friedrich Wilhelm (1823—1891) 10, 89
Gerechtigkeit 15
Gerechtigkeiten 59, 60, 63, 71
Gerichtliche Auflassung 28, 100, 108, 109
Gerichtliche Beurkundung 25, 135, 198
— Pfändung 113, 115
Gerichtliches Aufgebot 28, 29, 32
Gerichtlichkeit 25, 205, 232
Gerichtsgebrauch 18
Gerichtsvollzieher 115
Gesamtbelehnung 83, 84, 225, 226
Gesamte Hand 44, 65, 66, 148, 149, 201, 202, 212, 229, 236, 240
Gesamteigentum 45, 47, 65f., 70, 71, 77, 84
Gesamtgläubigerschaft 149
Gesamtgut 195, 197, 200, 201, 202, 203, 223
Gesamthaftung 147
Gesamthandeigentum 42, 43, 65f., 96, 195, 201, 220
Gesamthandgläubigerschaft 148, 149
Gesamthandschuld 147, 148, 203
Gesamtverbindlichkeiten 201
Gesamtschuld 147, 148, 164, 165
Gesamtvormundschaft 213
Geschäftsfähigkeit 41, 190
Geschäftsformalismus 24
Geschäftsführung ohne Auftrag 131
Geschäftszeugen 25, 108, 135
Geschlecht 57, 180
Geschlechtsleite 177, 212
Geschlechtsmark 45
Geschlechtsverbände 180
Geschlechtsvormundschaft 40, 41, 212, 215
Geschoßeigentum 61
Geschwisterehe 189
Gesellenrecht 50, 158f.
Gesellenvertrag 157, 158
Gesellschaft 20, 45, 82, 135, 148, 154
Gesellschaft mit beschr. Haftung 50, 51, 77
Gesellschaftsvertrag 55
Gesetztes Recht 16
Gesetzgebung 17
Gesetzliche Erbfolge 218, 219ff., 233
Gesetzliches Pfandrecht 94, 115, 200
Gesetzlicher Vertreter 216
Gesetztes Pfand 113
Gesindelohn 158
Gesindevertrag 134, 141, 157, 158
Gesindezwangsdienst 158
Gestellungsbürgschaft 162, 163f.
Gesundheit 39, 40
Geteiltes Eigentum 64, 79
Gewährleistung 150ff.
Gewährschaftspflicht 150, 151
Gewerbefrau 41
Gewerbefreiheit 48
Gewerbemonopol 48
Gewerbepflicht 48
Gewerbliche Anlagen 61
Gewerblicher Arbeitsvertrag 157, 158
Gewerbsgesellschaft 43, 44
Gewere 2, 3, 16, 26, 62, 63, 88, 98ff., 107, 110, 112, 116, 120, 121, 127, 136, 137, 143, 150, 152, 153, 154, 155, 176, 194, 207, 213, 230, 235, 236
Gewere zur rechten Vormundschaft 199, 207
Gewereschutz 110, 119
Gewerkenbuch 51
Gewerkenversammlung 51
Gewerkschaft 50, 51, 77, 157
Gewillkürte Erbfolge 218, 219, 228ff., 236
Gewohnheitsrecht 4, 6, 16, 17, 145
gidingi 23
Gierke, Otto von (1841—1921) 7, 10, 55, 89, 99, 123, 129, 131, 132, 147, 158, 225
Gilden 47ff., 52
gisil 162
Gläubigerschuld 89, 126
Gläubigerverzug 139, 140
Glanvilla (1188) 12
Gleichheit 30
Glieder 56, 179
glossa ordinaria 5
Glossatoren 5, 64, 186
Glosse 5

Gottespfennig 108, 134, 149
Gratian 186
Greise 38, 212
Grenzbegehung 107
Grenze 66, 67
Grenzrecht 66
Grenzstreitigkeiten 101
Grenzüberbau 67
Grimm, Jacob (1785 bis 1863) 16
Großjährigkeit 207
Grotius, Hugo (Hugo de Groot) (1583—1645) 8, 9, 106
Grubenvorstand 51
Gründerleihe 80, 81
Grundbuch 26, 70, 78, 86, 97, 98, 102, 103ff., 108, 109, 110, 227
Grundbuchsystem 104
Grundbuchwesen 59, 102, 107, 116
Grunddienstbarkeiten 29, 67, 84ff., 103
Grundeigentum 3, 16, 64ff., 75, 76, 78, 106, 107, 174, 197
Grundherrlicher Retrakt 96
Grundherrschaft 4, 18, 33, 45, 64, 73, 79, 80, 91, 93, 224f., 227
Grundlast 87ff.
Grundleihe 79ff., 140
Grundpfandrecht 90ff., 99, 130
Grundruhrrecht 118
Grundschuld 90, 95, 130
Grundstückshaftung 89, 239
Grundstücksleihe 64, 99, 134, 153, 155
Grundstückspacht 81, 82
Grundzinsen 87, 89
guarantee 165
guardianship by nature 207
Gült 95
Gütergemeinschaft 42, 193, 194, 195, 197, 200ff., 223
Gütergemeinschaft von Todes wegen 200
Güterrechtsregister 198
Güterscheidung 194
Güterschluß 226
Gütertrennung 196, 197
Güterverbindung 196
Guter Glaube 23
Gutgläubiger Erwerb 119, 122, 123, 172
Gutsherrschaft 80
Gutsübernahme 145, 147, 167

Haarschur 212
haba 59
Haften 113, 114
Haftung 126ff.
— des Aufsichtspflichtigen 206f.
— des Erben 238f.
— des Geschäftsherren 175
— der Gesellschafter 44, 45, 51
— des Hausherrn 175, 178, 192, 204, 205
— für Dritte 174f.
— für Sachen 175f.
— für Tiere 175f.
— für Zufall 140, 142ff., 155, 161, 162, 173, 207
— ohne Schuld 130
— ohne Verschulden 173, 175
Haftungbestärkungsvertrag 137
Haftungsgemeinschaften 147f.
Haftungsvertrag 127, 128, 136ff., 164
Halbgeburt 222
Haltensollen 126
Hammerschlagsrecht 67
Hand 23, 131, 137, 222
Handelsbücher 26
Handelsgesellschaften 43, 44, 50
Handelskauf 121
Handelsmäkler 161, 162
Handelsrecht 7, 12, 45, 62, 125
Handelsregister 26
Handfeste 170
Handgebärden 25
Handgeld 135
Handhafte Tat 21, 120
Handkauf 150
Handlungsdiener 159, 161
Handlungsfähigkeit 16, 30, 38, 41, 54, 56, 196
Handlungsvollmacht 28
Handreichung 131, 137
Handschenkung 152
Handschlag 25, 134, 168
Handschuh 107
Handsymbol 131
Handtreue 131
Handwerker 121, 160, 175
Handwerkergeräte 60
Handwerkergilden 48ff.
hantgemal 68
Hauberg 47
Haubergsgenossenschaften 47
Hauptmängel 151, 152
Hauptsache 61
Hauptzehnt 230
Haus 45, 60, 61, 64, 139, 153, 154, 157, 159, 175
Hausgemeinschaft 42, 44, 68, 96, 111f., 157, 158, 159, 160, 167, 177, 178, 180, 181, 183, 184, 185, 192, 204, 205, 211, 213, 217, 218, 220, 229, 236
Hausherr 68, 120, 157, 158, 159, 175, 178, 180, 183, 204, 213, 217, 229
Hausmarke 57, 118
Hausvermögen 180, 217, 218, 220, 228, 229, 232
Hauszeichen 132
Heergewäte 61, 217, 218, 230
Heerpfühl 199
Hehlerrecht 121
Heilig Geistpfennig 134
Heilquellen 73
Heimfallsrecht 70, 218, 224f., 229
Heimführung 184, 185
Heimstätte 98
Heimsteuer 194
Heineccius, Johann Gottl. (1681—1741) 9
Heiratszwang 2, 3, 41, 185, 186, 204, 205, 213
heirlooms 60
Herder, Johann Gottfried (1744—1803) 10
hereditatis aditio 237
héritier légitime 224, 234
Herrenfall 83
Herrenlose Sachen 76, 116
Herrenloses Land 71, 105
Heuervertrag 159
Heusler, Andreas (1834—1921) 11, 13, 99, 101, 123, 165
Heymann, Ernst (1870—1945) 63, 105, 143, 163, 183, 222, 234

Hinterlegung 114, 139, 140, 162
hire of goods 155
histiure 194
Historische Rechtsschule 10, 16
hiwiski 178
Hochzeitsgelage 184, 185
Höferolle 227
Höhere Gewalt 143, 144, 152
— Jagd 75
Hörige 36, 80, 157, 224
Hofmarke 57
Hofrecht 5, 64, 80, 108
Hofrechtliche Genossenschaft 46
— Leihe 80, 99
Hoheitsrechte 71, 72, 76, 106
Hoher Adel 36, 37, 164, 180, 197, 211, 212, 232
Holschuld 139, 141
Holzhaus 60
Holzleserechte 85
Holzstab 132
Holzungsrecht 85
Honorarvertrag 159
Hornung 208
Hornungsgaben 209
Huber, Eugen (1849 bis 1923) 7, 99, 101, 197, 223
Hübner, Rudolf (1864—1945) 111, 117
Hutrecht 85
Hypothek 62, 84, 92, 94, 95, 96, 114
Hypothekenbrief 169
Hypothekenbuchsystem 109
hypothèque 96

Jagdbezirk 75
Jagdfolge 75
Jagdgenossenschaften 75
Jagdhoheit 75
Jagdrecht 21, 61, 75f., 116
Jagdregal 75
Jahr und Tag 28, 34, 97, 100, 103, 108, 121, 236
Jahrgebung 39
Jan 47
Idealgenossenschaften 52f.
Ideelle Anteile 51
— Anteilsrechte 46
— Gewere 99f., 101, 102, 103, 108, 116, 119, 236
Ihering, Rudolf von (1818—1892)
Immaterielle Güter 57
Immissionen 67
impedimenta 189, 190
Indigenat 34
Individualeigentum 64, 105
Indossament 171
Infamia 37, 38
infans in utero matris 30
Infantia 39
Inhaberklausel 171
Inhaberpapiere 122, 123, 170f.
injury 173
Innerer Zufall 143
Innungen 48
Insel 71
Interdictum unde vi 111
Interdictum uti possidetis 111
Interimswirtschaft 227
Interlokales Privatrecht 21
Internationales Privatrecht 19
Intertemporales Privatrecht 21
Intestaterbfolge 219, 222
Inventar 61, 115, 235, 239
Investitur 25, 80, 82, 99, 107, 108, 109
Investitursymbole 82
Johann von Gelnhausen 8
jointure 198
Irrtum 23
Juden 31, 33, 35, 82, 97, 121, 156, 189, 191, 193
Judenregal 35
Jüdisches Recht 35, 121
Jüngere Satzung 94, 100
Jüngstenrecht 227
Jugendamt 210, 216
Juniorrat 226
iura in re aliena 65
iura regalia 71, 224
Juristenrecht 18
Juristische Personen 42ff., 46, 51, 55, 66
ius ad rem 63.
— albinagii 34
— detractus 34
— eminens 106
— mercatorum 5
— recadentiae 221
— reformandi 35
— retractus 96f.
iusta causa 106

Kabel 47
Kabelpfandrecht 115
Kaduzierung 51
Kaiserrecht 5
Kapitalsgenossenschaften 4, 43, 44, 50, 51
Kauf 24, 27, 97, 123, 124, 125, 132, 133, 134, 135, 149ff., 238
— von Rechten 150
Kaufehe 184f.
Kaufeigen 68
Kauffrauen 41
Kaufgut 3, 65, 68, 217, 218
Kaufmannsgilden 48, 49
Kaufmannsrecht 5
Kaufpreis 150, 151
Kaufrecht 125
Kausalzusammenhang 173
Kebsehe s. auch Konkubinat 208
Kebsfrau 192, 204
Kebskind s. auch Konkubinenkinder 204, 209
Kehrrecht 66
Ketzer 33, 34, 35
Kindesalter 38
Kindschaft 158, 203ff.
Kindschaftliches Güterrecht 207f.
Kindschaftsrecht 20, 183, 203ff.
Kirchen 52f.
Kirchenbücher 31
Kirchliche Lehre 3, 68, 185, 186, 229f.
Kirchliche Trauung 187, 188, 189
Kirchliches Eheschließungsrecht 186ff., 229
— Scheidungsrecht 190f.
Kistenpfandklausel 92
Klage 22, 100ff., 110f., 121, 122, 123, 141, 151, 155, 167, 168, 189, 206
Klagerecht 22, 56, 168
Klagspiegel 8
Klerikertestament 233
Klostertod 31
Klüfte 181
Kluniazensische Reform 186
Knie 179
Kniesetzung 23, 184, 212

Koalitionsfreiheit 50
Kodifikationen 6, 7, 15, 17, 19, 29, 55, 59, 69, 81, 83, 106, 119, 125, 138, 151, 153, 159, 168, 172, 173, 206, 208, 219, 222, 232, 233, 234, 237
Kodizill 234
Königsflüsse 71
Königsschutz 33, 35
Königsurkunde 108
Königswald 74
Körperliche Gebrechen 39, 212
— Innehabung 116, 129
— Sachen 59
Körperschaft 16, 49, 54, 55, 56, 73, 225,
Körperschaftliches Gesamteigentum 46, 49, 54, 65
Kognaten 183
Kohler, Josef (1849—1919) 58, 94, 135, 182, 228
Kollegien 52
Kollektiveigentum 64, 96, 105
Kollektiver Arbeitsnormenvertrag 157
Kollision der Rechte 21
Kolonat 80
Kommanditgesellschaft 44
Kommendation 82
Kommissionär 27, 161
Kommissionsgeschäft 161
Kommissionsgut 161
Kommodat 156
Kommorienz 31
Kommuniondeichung 47
Konkubinat s. auch Kebsehe 204
Konkubinenkinder s. auch Kebskinder 204
Konkurs 21, 27
Konnexität 115, 139
Konnossement 25, 169
Konsensehe 185f.
Konsensualvertrag 24, 28, 134, 154, 156
Konstitutivakt 103, 104, 158, 170
Kontokorrent 139
Konzentrische Kreise, System der 179
Konzession 72, 73
Konzessionssystem 55
Kopfsteuer 80
Kopfteil 43, 68, 229, 239
Koppelhut 85
Korporationslehre 54ff.
Korrealobligation 148
Kraftfahrzeug 174, 175
Kraftproben 39
Krankenhaus 224
Krankheit 29, 38, 39, 40, 233
Kreationstheorie 138, 172
Kreditkauf 124, 133, 150
Kriegsverschollenheit 32
Kriegsvogtei 41
Kündigung 88, 156, 158
Künftige Sachen 150
Künstliche Verwandtschaft 177, 211f.
Kürrechte 239
Kuhrechte 47
Kunkelmagen 177
Kunkelteil 201
Kuratel 216
Kux 51, 52
Kuxschein 25, 51

Ladeschein 25
laesio enormis 150, 151f.
Lagergeschäft 162
Lagerschein 25
Laienspiegel 8
Laientrauung 186, 187
lancea 177
Landesgesetzgebung 17
Landesherr 34, 35, 39, 41, 64, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 88, 106, 117, 118, 166, 224, 226
Landesherrlichkeit 53
Landesherrschaft 4, 18, 34
Landesrecht 7, 71, 86, 87, 104, 106, 116, 117, 140, 216
Landesverweisung 128
Landgenossenschaft 45ff.
Landgüterrolle 227
landlord 82, 155
Landnahme 105
Landpacht 118
Landrecht 4, 5, 7, 108, 109
Landrechtsbuch 8
Landrechtsreformation 5, 17
landsassiatus 34
Landsmannschaften 52
Langobardisches Lehnrecht 83, 97, 225, 226
Laßgüter 80, 81
Laubsammlungsrecht 85
laudemium 80
launegild 152
lease 82, 108
— holder 82
— and release 108
Lebendige Geburt 30
Lebensfähigkeit 30, 31
Lebensgemeinschaft, Recht auf 192
Lebensnachstellung 190, 191, 192
Lebensvermutung 32
Lebensversicherung 145, 166
led 179
Ledigliche Gewere 99
legacy 234
legal estate 70, 82, 93, 96
— interest 65
Legalservituten 67
légataire 234
Legisten 5
Legitimation 211
Legitimierte 37
Lehen 63, 82ff., 217, 225
Lehenbrief 83
Lehnrecht 16, 37, 39, 64, 69, 82, 83, 84, 96, 97, 108, 181, 223, 225
Lehnsanwartschaft 83
Lehnschaften 77
Lehnsdienst 82, 83, 225
Lehnserbfolge 84, 225f.
Lehnserneuerung 83
Lehnsfähigkeit (passive und aktive) 41, 82, 83
Lehnsinvestitur 63
Lehnspflichten 82f.
Lehnsretrakt 97
Lehnsrevers 83
Lehnsschulden 83, 84
Lehnsvermögen 61
Lehnsvertrag 83, 225
Lehrling 49, 159
Lehrvertrag 159
Leihbürgschaft 164, 238
Leibeigenschaft 80f.
Leibesfrucht 31, 216
Leibliche Gewere 91, 92, 99, 100, 101, 112, 113, 116, 118, 119, 231, 236
Leibniz, Gottf. Wilh. (1646—1716) 6
Leibrentenvertrag 144, 165, 166f.
Leibzucht 86, 197, 201, 227

Leihe 3, 79ff., 99, 100, 124, 132, 134, 155f., 157, 238
Leiherechte 63, 79ff., 81, 86, 87, 230
Leihevertrag 156, 162
Leihezwang 81, 83
Leistensollen 126
Leistung an Erfüllungsstatt 139
— durch einen Dritten 138
Leistungsort 139f.
Leistungspflicht 87, 89, 135, 138ff.
Leistungsverzug 127, 141f., 163, 164
Leistungszeit 140
Leiterrecht 67
Leitkauf 134
Letztwillige Verfügung 2, 23, 27, 39, 217, 218, 218, 230, 233, 234
levare cartam 108
Lex Anastasiana 146
— commissoria 94, 114
— salica 45, 192, 224, 229
libri feudorum 71, 83
Lichtrecht 67, 85
lidlon 158
Lieferungskauf 124, 150
Liegenschaft 20, 59, 60, 94, 99, 129, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 217, 218, 220, 221, 238
Liegenschaftserwerb 32
Liegenschaftsrecht 59, 64ff., 98ff., 107ff., 116, 119, 177
Liegenschaftsverfügung 24, 199, 201, 207, 213, 215
Liegenschaftsvergabung 228ff.
lien 96
Linealfolge 183f., 222, 225, 226
Linealgradualordnung 182, 225
Littleton (1475) 12
locatio conductio 154, 159, 160
Lösungsrecht 112
Lösungsanspruch 121, 122
Lohnwerk 160
Losung 96
Luftfahrzeug 174, 175
Magdeburg-Breslauer systematisches Schöffenrecht (14. Jh., Mitte) 8
Magen 177, 179, 213
Magschaft 177, 178, 179, 180, 181, 192, 220, 221
Mahnung 22, 124, 127, 132, 133, 139, 140, 141, 163, 164
Majorat 69, 226, 227
Majoritätsprinzip 45, 46
Mäklervertrag 161f.
Mängelanzeige 151
Mängel der Rechtsgeschäfte 24, 160
Mängelhaftung 139, 160
Mänkerding 45, 46, 66
Maklerbuch 162
Mannfall 83
Mannlehen 83
mansus vestitus 61
Mantelkinder 211
manufidelis 26
manufirmare 170
manus 178
maritagium 194
Markbeamte 46
Marke 57, 120
Markenrecht 34
market overt 123
Marklosung 96
Markwald 74
Markgenossenschaft 45, 46, 50, 54, 66, 72, 85, 96
Marktkauf 121
marriage settlements 198
master and servant 28, 158
Mastrecht 85
Materielle Legalität 95
Materielles Eigentum 109
Materielles Konsensprinzip 104
Materielles Noterbenrecht 228
Maternitätsprinzip 209
matrimonium nullum 189
matrimonium ratum et consummatum 187, 190
Mehrfache Gewere 99, 101, 116
Mehrfache Verpfändung 94f., 113, 114
Mehrfacher Besitz 102, 116
Mehrheitsprinzip 43f.
Mehrseitige Rechtsgeschäfte 23
Meierrecht 80
Meißner Rechtsbuch (14. Jh. 2. H.) 8
Mentalbesitz 102, 116
Meyer, Herbert (1875—1941) 11, 33, 62, 70, 123, 188, 218
Miete 3, 62, 82, 124, 134, 135, 140, 141, 153ff., 160
Mietrecht 106, 125, 135
Mietstaler 134, 158
Mietzins 154
Minderjährigkeit 38, 39, 55, 207, 212, 216, 227
Minderung 151, 152, 160, 207
Minorat 226, 227
Mißheirat 36, 37
Miteigentum 54, 66, 96, 226, 240
Miterben 96, 227, 228, 229, 239, 240
Mitgläubigerschaft 148f.
Mitgliederversammlung 49, 54
Mitgliederverzeichnis 26
Mitgliedschaftspapiere 51
Mitgliedschaftsrecht 61
Mithut 85
Mittelbare Gewere 93, 99, 100
— Stellvertretung 27
Mittelbarer Besitz 102, 115, 116
Mittler (mediator) 185, 186
Mobiliarhypothek 114
Montesquieu, Charles de (1689—1755) 9, 106
Morganatische Ehe 37
Morgengabe 194, 195, 197, 198, 199, 217, 218
Morgensprache 49
mortgage 92, 96, 115
Mortifikationsschein 139
mortuarium 230
Motive der Erklärung 23
Mühlenregal 71f.
Mündigkeit 28, 38, 213
Mündigkeitserklärung 39
Mündigkeitstermine 38, 39
Münzerhausgenossenschaft 50

Münzrecht 71
Mütterliche Gewalt 205, 206
mundium 178
Munt 2, 3, 16, 28, 38, 41, 126, 158, 167, 178, 183, 184, 185, 192, 193, 203, 204, 205, 207, 212, 213
Muntehe 184, 185, 186
Muntporo 213
Muntwalt 28, 38, 184, 185, 192, 193, 198
muten 78
Muttermagen 177, 218, 221
Mutterrecht 177
Muttersippe 209, 210
Mutung 78
mutuum 156

Nachbarlosung 96
Nachbarmark 45
Nachbarrecht 65, 66
Nachbarverband 45
Nachkinder 208
Nachlaß 26, 33, 34, 35, 200, 218, 219, 221, 224, 225, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240
Nachlaßgericht 235, 237
Nachlaßhaftung 238
Nachlaßkonkurs 238
Nachlaßregulierung 237
Nachschußpflicht 51
Näherrechte 3, 63, 68, 96ff., 180, 224
Nagelmagen 179
Namengebung 30
Namenspapier 51
Namensrecht 57
nantissement 96
nantissement des fonds de commerce 115
nasciturus 31
Nationale Eigenart 11
Natürliche Personen 30
Naturalobligation 130
Naturalzinsen 80, 87
Naturrecht 3, 6, 9, 10, 15, 30, 41, 55, 65, 106, 125, 135, 144f., 188, 191, 193, 238
negligence 174
Neuere Satzung 113, 114, 116, 132
Nichteigentümer 110, 119
Nichterfüllung 124, 130, 132, 136, 137, 141, 142, 144
Nichtigkeit 23, 33, 40, 130, 190
Niedere Jagd 75
Niederer Adel 36, 37
Niederländische Handelskompanien 51
Nießbrauch 62, 84, 86f., 112, 199, 223, 224, 227
Niftelgerade 199
nomen intellectuale 55
nominal damages 174
Notarielle Beurkundung 25, 26, 96, 135, 198, 232
Noterbrecht 228
notitia 25, 170
Notstand 21, 40
Notwegerecht 66, 67
Notwehr 21
Novation 146
noxae datio 176
Nullitätsprozeß 189
Nutznießung 27, 198, 200, 223, 224, 225
Nutzung 3, 41, 43, 63, 64, 65, 71, 72, 74, 79, 83, 84, 86, 87, 89, 92, 93, 98, 100, 154, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 207, 208, 213
Nutzungsgemeinde 46
Nutzungspfand 64, 91, 92f., 100
Nutzungsrechte 46, 54, 63, 64, 77, 78, 79ff., 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 112, 113, 155, 212

Obereigentum 65, 70, 83, 84, 96
Obermärker 45, 46, 74
Obervormundschaft 41, 213, 214, 215
Objektive Tatsachen 22
Objektives Recht 19
obligatio 129
obligatio naturalis 130
obstagium 164
Öffentliche Bücher 26
— Flüsse 60, 71, 73
— Sachen 60
Öffentlicher Formalakt 113, 135
— Glaube des Grundbuchs 103, 104, 110
Öffentliches Aufbieten 117
— Recht 16, 53, 61
Öffentlichkeit 25, 26, 97, 135, 233
österreichisches Recht 1, 7
Offene Handelsgesellschaft 44, 45
Offene Stellvertretung 27
Offensivwirkung 101
Okkupation 105, 106
Ordensangehörige 31
Orderklausel 170
Orderpapiere 170f.
ordonnances 12
Oxford 12

Pacht 80, 106, 134, 153ff.
Pandekten 16
Pappenheim, Max (1860—1934) 43, 154, 162, 167, 183, 211, 231, 234
parentela 177, 181
Parentelenordnung 181, 182, 183, 221, 222, 223, 225, 226
Paris 52
Parität 34
parochus proprius 187
Passive Assistenz 187
Passive Lehnsfähigkeit 82
Paternitätsprinzip 209
Patronatsgesetzgebung 53
pawn 115
peculium 207, 208
Perfektionsakt 109
Persönliche Haftung 96, 114, 127f., 129, 130, 134, 136, 162ff.
Persönliches Eherecht 184ff.
Persönlichkeitsgüter 57, 157
Persönlichkeitsrechte 20, 56ff., 157
Persönlichkeitszeichen 132, 163
Person 18, 30, 85
persona moralis 66
personal chattels 60, 224
— property 60
Personalabzeichen 57
Personalexekution 137, 164
Personalfolien 104
Personalgemeinden 46
Personalgesellschaft 66
Personalitätsprinzip 18, 19, 33
Personalpfändung 21
Personalrechte 20

Personalservituten 85, 86
Personalstatut 18
Personenrechtliche Wertpapiere 25, 169, 172
Personenstandsregister 31
Personenverbindungen 42ff.
Pfändung 21, 128, 137
Pfännerschaft 51f., 79
Pfand 22, 91, 92, 93, 112ff., 121, 127, 136, 137, 143, 163, 168
Pfandbuchsystem 104
Pfandbücher 104
Pfandgewere 114
Pfandnahme 113, 121, 124, 128, 163
Pfandrecht 62, 63, 94, 95, 96, 112, 115, 155, 161, 196
Pfandsetzung 94, 104, 113, 126, 127, 129, 132, 136, 137
Pfandverfall 3, 91, 92, 112, 113, 114
Pfandverkauf 3, 94, 95, 113, 114, 115
Pfandversatz 113
Pfanne 52, 79
Pfanzungssuperficies 82
Pflegehandlung 204
Pflegschaft 38, 40, 216
Pflichtteil 224, 228, 229
Pflugwenderecht 66
Pfründrecht 63
Pfuscharbeit 48
pignora publica 94
pin-money 198
placitum 108
pledge 115
plegium corporis 137
pollicitatio 138
Polygamie 184, 189, 192
Portgenossenschaft 50
possessio civilis 102
possessio naturalis 102
possession 103
Possessorische Interdikte 111
Postglossatoren 5, 18, 54
Pothier, Robert, Joseph (1699—1772) 12
Prädialservituten 86
Prämienversicherung 166
Präsentationspapier 139
Praxis 17, 18, 169, 232
precaria 79, 80, 82
—, oblata 80
Preisgabe 128, 140, 176
Preisgaberecht 139, 176
Preistaxen 48
pretium justum 150
Primogenitur 69, 70, 226
Priorität 94
Private Erbleihe 81, 96
Privateigentum 2, 64, 72, 73, 75, 106
Privatflüsse 72
Privatfürstenrecht 37
Privatgewässer 72, 73
Privatpfändung 115
Privatrecht 16, 53, 57, 61, 65, 169
Privatstrafe 174
Privattestament 233, 234
Privatwald 74
Privileg 23
privilèges 96
Privilegierung 57
Privilegierte Pfandrechte 21, 94, 95
procurator in rem suam 145, 146
Produktionsprinzip 118
pro herede gestio 237
Prokura 28
Protestantisches Eherecht 187f., 191
Provinzialrecht, römisches 185
Provision 161
Prozessuale Auflassung 108
prutigeba 184
Publizianische Klage 111
Publizitätsprinzip 16, 25, 94, 95, 97, 98, 100, 113, 147
Pütter, Johann, Stephan (1725—1807) 9
Pufendorf, Samuel (1632—1694) 9
Puntschart, Paul (1867—1945) 14, 65, 130, 166
Putativehe 204

quasidesertio 191
Quellenrecht 72
Quittung 138f.
Quotenmäßiges Miteigentum 66, 84, 228

Raubehe 185
rauchhun 87
real property 60
Realfoliensystem 104
Realgemeinde 46
Realität 55
Reallasten 29, 60, 61, 63, 67, 81, 87ff., 140
Realrechte 20, 60, 61
Realstatut 18
Realvertrag 28, 131, 132f., 134, 135, 152, 154, 155, 156, 160
Rechnungslegung 44, 213, 215
Rechte an Rechten 63
— Gewere 100, 101, 102, 103, 108, 109, 116, 231, 236
Rechtlosigkeit 30, 37, 214
Rechtsbesitz 100
Rechtsbildung 2, 4ff., 9f.
Rechtsbuch 8, 162
Rechtserhebliche Tatsachen 22
Rechtsfähigkeit 2, 3, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 54
Rechtsfindung 4ff., 15
Rechtsgeschäft 23ff., 84, 170, 214, 218
Rechtsgewere 93, 100, 102
Rechtsgewohnheiten 16f., 83
Rechtshandlung 22
Rechtskreise 4
Rechtsmängel 150f.
Rechtspfand 93
Rechtspolitik 2, 223
Rechtsquellen 16f.
Rechtsschein 33, 79, 98, 172
Rechtsschutz 20ff., 110f., 116ff.
Rechtssubjekt 30, 54, 55, 56, 61, 62
Rechtsunfähige Sachen 60
Rechtsvergleichung 1
Rechtsverlust 20
Rechtsverschaffungspflicht 151
Rechtsweisung 4
Rechtswissenschaft 5ff., 8ff., 17f.
Records 12
Redlicher Besitzerwerb 114, 122
regalia majora 71
— minora 71
Regalien 16, 23, 34, 71ff., 82

Regalienkatalog, 71
Regalientheorie 71
Regionalsystem 196
Registerpfandrecht 115
Regredienterbin 232
Rehme, Paul (1867—1941) 13, 90, 105
rei vindicatio 64, 110, 119, 122
Reichsbank 53
Reichsgesetzgebung 34
Reichindigenat 34
Reichsrecht 7
Reichsritterschaft 69
Reine Inhaberklausel 171
Reine Personenhaftung 163
Reine Sachhaftung 112, 113, 114, 127, 136
Rekognitionszins 80, 81, 99
Relative Unwirksamkeit 24, 68
Religion 2, 34, 52
renovatio feudi 83
Renten 67, 87, 88, 89, 90, 93, 100
Rentenbriefe 88
Rentenbücher 104
Rentenfuß 88
Rentengüter 90, 98
Rentenkauf 88, 150, 166
Rentenpfand 93
Rentenschuld 90, 95
Repchow, Eyke von 8
Reports 12
Repräsentationsrecht 220, 222, 226, 239
res communis omnium 72
— extra commercium 60
— praestita 132f.
— nullius 60
— publicae 60
resignatio 107
Retorsion 34
retractus feudalis 97
Retraktrecht 96, 97
Reugeld 133, 135, 142, 154
Reurecht 133, 149
Revenuenhypotheken 70
revestitio 108
Revokationsklage 70
Rezeption 1, 2, 5, 8
Reziprozität 2, 34
rhedo 194
right of stoppage 119
Ring 185
Ring, Akt im 184, 186
Ringwechsel 185
Rittergut 106
Ritterschaftliche Ganerbschaft 43
Römisches Recht 1, 5, 6
Rottgenossenschaften 50
Rousseau, Jean Jacques (1712—1778) 9
Rückfallsrecht 96, 153, 194, 195, 196, 152, 167, 168, 198, 199
Rückforderungsrecht 120, 130, 131
Rückgabepflicht 120, 142, 240
Rückstau 72
Rücktritt 141, 142, 150, 154, 160, 189
Rückwirkende Kraft 19
Rückversicherung 166
Rügepflicht 151
Ruhende Gewere 100, 101, 116, 155
Runde, Justus Friedrich (1741—1807) 9

Sachempfang 131, 132, 133, 155
Sachen 59ff.
Sachenrecht 16, 20, 24, 59ff., 98, 131, 167, 168, 169
Sachenrechtliche Wertpapiere 25, 172
Sachhaftung 89, 90, 91, 127f., 129, 130, 136
Sachinbegriff 61, 62
Sachleistungsverträge 134, 149ff., 230
Sachmängel 151f., 160
Sachmiete 124
Sachsenbuße 174
Sachsenrecht, gemeines 6
Sachsenspiegel (1220—1224) 4
Sachverbindungen 60
Sächsisches System 32
saisine 99
— de droit 99
— de fait 99
Sakrament der Ehe 186, 190, 191
Sala 107, 109
sale 119
Salman 26, 229, 230, 234, 235
Salzhandelsmonopol 79
Salzherren 79
Salzjunker 79
Salzrecht 51, 79
Salzregal 79
Satzung 4, 15, 17
Satzung mit Zinsgewere des Gläubigers 93, 99
Savary, Jacques, gest. 1690, 12
Savigny, Friedrich Karl v., (1779—1861) 10, 55
Schadennehmen 158
Schadensersatz 22, 23, 40, 97, 125, 140, 141, 142, 143, 150, 151, 160, 165, 173, 174, 176, 189
Schäfereirecht 85
Schandgemälde 137
Schatzfund 117
Schatzregal 117
Scheck 169, 171, 172
Scheidungsvertrag 190, 191
Scheinadoption 23, 205
Scheingeschäft 23
Scheinleistung 133, 134
Scheinpfand 132, 137
Scheinprozeß 108
Schenkung 97, 134, 152f., 198, 203, 209, 235
— an die Kirche 2, 229f.
— mit Auflage 230
— mit Vorbehalt des Nießbrauches 230
Schenkungsversprechen 153
Schichtmeister 51
Schiffbare Flüsse 71, 73
Schiffe 60, 113, 114, 115, 154
Schiffshypothek 114
Schiffsmannschaft 159, 175
Schiffspart 34
Schiffspfand 115
Schiffsvermögen 61, 62
Schikane 21
Schilter, Johann (1632—1705) 9
Schirmung 150
Schlesisches System 32
Schlichte Klage 121
Schlichtes Gelöbnis 134
Schlüssel 23, 102, 103, 192, 201
Schlüsselgewalt 192, 193, 195, 196, 201
Schlüsselrecht 201
Schmerzensgeld 174
Scholle 107

Schoßsetzung 212
Schoßwurf 107
Schreinsbücher 103
Schriftform 25, 146, 165, 169, 198, 232
Schröder, Richard (1838—1917) 14, 62, 197
Schürffreiheit 77, 79
Schürfrecht 77, 78
Schüttung 21
Schuhsteigung 212
Schuld 83, 84, 124ff., 215, 238
— ohne Haftung 130
— und Haftung 126ff.
Schuldanerkenntnis 169
Schulddienstbarkeit 128
Schuldenhaftung 62, 167, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 208, 219, 238, 239, 240
Schulderfüllung 124, 130, 146, 235
Schuldgemeinschaft 147ff.
Schuldgrund 130f., 168, 169
Schuldhaft 3, 128, 130, 136
Schuldklage 125, 128
Schuldknechtschaft 124, 128, 136
Schuldnachfolge 146
Schuldnermehrheit 147f.
Schuldnerverzug 142
Schuldrecht 20, 124ff.
Schuldübernahme 146f.
Schuldurkunde 25, 170
Schuldverhältnisse 130ff.
Schuldverschreibung auf den Inhaber 25f.
Schuldversprechen 125, 131, 132, 134, 137
Schuldvertrag 23, 25, 124, 130, 131ff., 136, 146, 147, 148, 149, 155, 167, 168, 169
Schultze, Alfred (1864—1945) 27, 34, 43, 68, 123, 130, 235
Schutzgilden 166
Schutzverhältnis 213
Schutzwald 74
Schwabenspiegel 118
Schwägerschaft 178, 183, 184, 189
Schwangerschaft 205
Schweizerisches Recht 17, 32, 33, 39, 46, 69, 90, 95, 97, 107, 110, 115, 117, 118, 119, 122, 146, 156, 159, 190, 191, 193, 194, 206, 207, 208, 210, 211, 215, 216, 219, 221, 223, 224, 225, 227
Schweizerisches Zivilgesetzbuch 7
Schwerin, Claudius Frhr. von 11, 13, 14, 16, 89, 123, 131, 188
Schwert 23
Schwertmagen 177, 213, 217
Schwertteil 201
Schwind, Ernst von 81, 90, 94, 130
Schwur 131, 134
Schwurbrüderschaft 177
Schwurgenossenschaft 48
Sechs gesippteste Hände 178
Secundogenitur 226
Seelgerät 68, 230, 231, 233
Seelteil 91, 229, 235
Seelzins 88
Seerecht 125, 130
Seetriftige Güter 118
Seeversicherung 166
seisin 28, 99, 108
Seitenverwandte 84, 181, 220, 221, 222, 225, 227, 228
Selbmündigkeit 212
Selbstbürgschaft 164
Selbsteintrittsrecht 161
Selbsthilfe 21, 56, 100, 110, 111, 124, 167
Selbstscheidung 190, 191
Selbstschuldner 164, 165
Selbsttrauung 186
Selbstverknechtung 136
Selbstverteidigung 21
Selbstverwaltung 52, 76
Selchow (1732—1795) 9
selfmundich 38
sendeve 44, 161
Sendevegeschäft 44
Sendevegesellschaft 44
Seniorat 226
separatio quoad thorum et mensam 190
separation 192
servitus iuris germanici 85
Servituten 85, 89, 102
sessio triduana 107
set-off 139
settlements 70, 198
Setzen zu Gelde 239
Setzwirt 227
sibba 177
Sicherheitsleistung 32, 77, 235, 236
Sicherungshypothek 95
Sicherungsübereignung 114
Sicherungsverträge 162ff.
Sippe 2, 3, 30, 40, 41, 42, 45, 54, 124, 127, 162, 175, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 192, 204, 212, 213, 215, 217, 218, 238
Skandinavisches Recht 1, 193
Skontration 139
societas 44, 54, 55, 202
Sohm, Rudolf (1841—1917) 56, 123, 125, 131, 135, 188
Solennität 2, 15, 113, 131
Solidarhaftung 148, 149
Solidarschuld 148
Sollen 126
Sondereigentum 45, 59, 71, 72, 74, 111, 201
Sondererbfolge 217, 219, 226
Sondergut 201, 202, 203, 217
Sondervermögen 53, 61, 62, 130, 218
Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten 143
Sozialisierung 4
Span 107
Spanndienste 87
Speerbürge 229
Speermagen 177
Speerreichung 229
Spezialitätsprinzip 94, 95
Spiel 167f.
Spielschuld 130, 167, 169, 238
Spillmagen 177
Spindelmagen 177
Spolienklage 111
sponsalia, de praesenti, de futuro 187
Spottgedichte 137
Spurfolge 120
Staat 53, 55, 60, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 84, 104, 106, 180, 185, 191, 193, 214, 225

Stab 23, 132, 164
Stabbrechen 25
Stadt 3, 4, 5, 18, 24, 33, 34, 35, 36, 41, 43, 46, 48, 52, 53, 61, 64, 68, 74, 81, 84, 85, 87, 93, 95, 103, 106, 109, 112, 113, 124, 133, 134, 157, 158, 160, 161, 162, 164, 166, 180, 209, 214, 218, 222, 223, 224, 225, 230, 233
Stadtbuch 26, 84, 103f., 113
Stadtrecht 4, 5, 12, 67, 108, 109, 115, 121, 122, 128, 141, 146, 155, 195, 221
Stadtrechtsbuch 8
Stadtrechtsreformation 5, 17
Stadtverweisung 128
Städtische Leihe 81
Stammelternpaar 181, 182
Stammesrechte 4, 18, 193
Stammgüter 68, 217, 226
Stammlehen 226
Stammvereine 43
Stand 3, 36, 37, 174, 193, 196, 210
Standesregister 31
Statut 17
Statutarische Portion 200, 223, 224
Statutentheorie 18
Steinbau 60
Stellvertretung 26, 27, 28, 145, 170
Stellvertretungsklausel 170, 171
Sterbefall 225
Sterbehausrecht 236
Stifter 53, 55, 56, 70, 224
Stiftung 53, 55, 56, 70, 225
Stille Gesellschaft 44
Stillschweigende Pfandrechte 95
Stobbe, Otto (1831—1887) 13, 110, 125, 156, 182, 239
Stockwerkseigentum 61
Strafgedinge 141
Strafklage 100, 110, 124, 127, 128,
Strafrechtliche Haftung 126f., 132, 133, 134, 136, 140, 141, 163, 173
Strandrecht 117
Strandregal 118
Strandtriftige Güter 118
Straßen 60
Streik 50
Strenges Recht 15
Stromregal 72, 73
subarrhatio cum anulo 185
Subjektives Recht 19, 20
Subsidiäre Vermögenshaftung 114, 129, 130, 164, 165
Substantialprinzip 118
Substanzpfand 91f., 112
successeur irrégulier 224
successio ex pacto et providentia majorum 69, 84, 225, 226
superficies 61, 81
surety 165
Svarez, Karl Gottlieb (1746—1798) 6
Symbole 2, 15, 23, 25, 82, 107, 132
Symbolische Besitzergreifung 137
Symbolische Investitur 108
Symbolische Tradition 102

Tabularersitzung 29, 102, 107
Tabularverschweigung 29, 107
tail 65
Tarifvertrag 157
Tathandlung 22
Tatsächliche Sachherrschaft 116
Taufregister 31
Tausch 97, 124, 132, 133, 134, 149ff.
Taxe 150, 158, 160, 162
Teich 72
Teilbare Leistung 133
Teillosung 96
Teilung nach Köpfen 221, 239, 240
Teilung nach Stämmen 222, 239, 240
Teilrecht 202
Teilschuld 148
term for years 96
Territorialitätsprinzip 18
Territorialretrakt 97
Tertiogenitur 226
Testament 25, 39, 218, 228, 230, 231ff., 235
Testamentsfähigkeit 38, 233
Testamentsform 233, 234
Testamentsvollstrecker 208, 234ff.
testamentum 68, 170, 228, 234
testis per aures tractus 25
théorie du risque 174
Thomasius, Christian (1655—1728) 9
Thronlehen 84
Tierhalter 176
title deeds 96
Tod 31
Todeserklärung 29, 31, 32, 33
Todesvermutung 32, 33
Tötungsrecht 204
Toleranzpatent 35
tort 173, 175
— moral 174
Tote, der 31, 48, 60, 192, 230, 238
Totenteil 60, 217, 230
trade unions 50
traditio 63, 107, 235
— cartae 230
— ficta 102
— per cartam 108
— vera 102
Traditionspapiere 114, 118
Traditionssystem 109
Translativwirkung 101
Transportgenossenschaften 50
Transskriptionssystem 109
Traufrecht 67, 85
Trauung 25, 184, 186, 187, 188, 189
Trennung von Tisch und Bett 190, 191, 192
Treubruch 37, 83, 132, 134
Treufürsorge 157, 158, 159
Treugelöbnis 129, 131, 134, 136, 163, 164
Treuhänder 26, 27, 112, 115, 122, 137, 140, 150, 152, 155, 163, 168, 197, 208, 213, 229, 235, 239
Treupflicht 26, 157, 158, 159
Trinkwasserquellen 73

Trucksystem 159
Truckverbot 159, 160
Trunksucht 40, 215
trustee 27
tutela 215

Überbau 67
Überfallsrecht 67
Übergabe 102, 107, 118, 119, 152, 184, 185, 186
Übergenosse 36
Überhangsrecht 67
Übersendungskauf 152
Übertragung von Forderungen 175
Überwette 168
Überwinterung 85
Ultimogenitur 226
Unbeerbte Ehe 199, 201, 223
Unbewegliche Sachen 59f., 78, 155, 201
underkäufel 162
unecht 37
Uneheliche Kinder 37, 177, 208ff., 216
Unehelichkeit 37
Unehrliches Gewerbe 37
Unehrlichkeit 37, 49
Unentgeltliche Leihe 143, 155, 156
Unerlaubte Handlungen 22, 124, 130, 147, 172ff., 205
Unerlaubtes Spiel 168
Unfreie 3, 30, 36, 37, 59, 157, 178, 189, 204, 209, 227
Unfreie Leihe 80
Unfreies Kindesvermögen 208
Unfreiwilliger Besitzverlust 120, 121, 122
Ungenosse 36
Ungerechtfertigte Bereicherung 130, 131
Unglück 143
unio prolium 208
Universalsukzession 218, 235
Universitäten 5, 7, 52
universitas 54, 55
— facti 62
— juris 62
— rerum 62
Unkörperliche Sachen 59, 63
Unleidliche Gewerbe 67
Unmittelbare Gewere 99
Unmittelbare Stellvertretung 27
Unmittelbarer Besitz 102, 116
Unmöglichkeit 142, 144, 161
Unmündige 28, 38
Unselbständige Schuldverhältnisse 131
Unsterblichkeitsgedanke 2
Untereigentum 65, 70, 81, 83
Unterhaltspflicht 183,, 193, 209, 210, 212, 214
Unternehmen 62
Unternehmerpfandrecht 161
Unübertragbarkeit 56, 146
Unüberwindliche Abneigung 191
Unvererblichkeit 56
Unvollständiger Besitz 102
Unvordenklichkeit 28, 29
Unzurechnungsfähige 173
uplatinge 107
Urheberrechte 34, 57
Urkunden 29, 88, 92, 94, 96, 102, 103, 108, 114, 119, 134, 169, 170, 171, 198
Ursprünglicher Erwerb 105, 116
Ursprungszeichen 57
Urteil 100, 102
usus modernus 5, 8
ususfructus maritalis 86, 200
uxorem emere 184

Vadium 112
Väterliche Gewalt 2, 39, 41, 203, 204, 205, 206, 207, 213, 216
Vatermagen 41, 177, 218, 221
Vaterschaftsklage 210
venia aetatis 39
Verarbeitung 118
vera societas 44
Verband 3, 17
Verbandsperson 42, 55
Verbandszeichen 57
Verdeckte Stellvertretung 27
Verfallklausel 91, 92, 115
Verfallpfand 94, 112, 114
Verfangenschaftsrecht 198, 199, 201, 202
Verfügung 3, 38, 60, 61, 63, 83, 146, 178, 195, 199, 203, 207
Verfügungsbeschränkung 60, 64, 178, 198
Verfügungsfähigkeit 38, 119
Verfügungsrechte 27, 63, 70, 91, 112, 113, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 204, 207, 208, 218, 228, 230, 232, 233
Vergabung im Siechbett 24, 112, 218, 231
Vergabung von Todes wegen 26, 228ff.
Vergeiselung 126, 127, 132, 136
Verheiratung 80, 207, 232
Verjährung 29
Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs 90
Verkaufsklausel 91
Verkaufspfand 94, 113
Verkehrshypothek 95
Verkehrsschutz 122
Verkehrsunfähige Sachen 60
Verklarung 117
Verknechtung 128
Verleihung 76, 77, 78
Verliegenschaftung 60
Verloberrecht 184, 205
Verlobung 25, 184, 186, 187, 188, 189
Vermächtnisvertrag 232
Vermählung 186
Vermögen 20, 32, 38, 39, 40, 41, 51, 54, 62, 86, 89, 90, 94, 97, 113, 128, 129, 130, 132, 137, 145, 146, 147, 167, 173, 178, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 205, 207, 212, 213, 216, 217, 223, 224, 228, 229, 231, 238
Vermögensbürgschaft 164
Vermögenshaftung 94, 115, 128f., 164, 238

Vermögensrechte 20, 56, 57, 125
Vermögensübernahme 147
Vermögenszeichen 57
Vermutung der Ehelichkeit 206
— der Vaterschaft 206, 210
Vernichtbarkeit 190
Verpfändung des Lebens 56, 137
Verpfründungsvertrag 165, 167
Versatzpfand 114
Verschießen 107
Verschollenheit 31, 32
Verschulden 141, 142, 143, 155, 173, 174, 175, 176
Verschuldensprinzip 3, 141, 142, 173, 176,
Verschweigung 28, 29, 67, 100, 108, 116, 117
Verschwendung 40, 215
Versicherung auf Gegenseitigkeit 166
Versicherungsrecht 125, 166
Versicherungsvertrag 165f.
Vertrag 2, 3, 23, 24, 38, 41, 60, 63, 70, 73, 86, 136, 142, 149ff., 212, 239
— auf Leistung an Dritte 144f., 170, 232
— zugunsten Dritter 137, 166
Vertragliche Güterstände 196
Vertragsbruch 128, 142, 144, 158. 173, 238
Vertragsehe 184f.
Vertragsstrafe 142
Vertragsurkunde 125, 169f.
Verursachungsprinzip 3, 173, 174, 176
Verwahrungsvertrag 124, 134, 162
Verwaltungsgemeinschaft 194, 195, 196, 198ff., 203, 223
Verwandtenehe 189
Verwandtenerbrecht 180, 218, 219ff
Verwandtschaft 178, 179, 180, 181, 182, 183, 204, 209, 210, 211, 213, 218, 219, 226
Verwandtschaftsberechnung 178, 181, 182, 183
Verwandtschaftsgliederung 181ff.
Verzug 141, 142, 164
Verzugsbuße 141
Verzugsschaden 141
Verzugsstrafe 141f., 158
Verzugszinsen 141, 142
vestitura 99, 107
Vetterschaftssystem 179
Vicinitas 45, 224
Viehkauf 152
Viehpacht 154
Viehpfändung 21f.
Viehverstellung 154
vierendeele 183
vifgage 93
Vindikationsbeschränkung 122
Vitalität 30
Vitalizienvertrag 167
Volksrecht 4, 15, 30, 33, 38, 91, 96, 120, 178, 181, 213, 220, 229, 230
Volkswald 74, 75
Volljährigkeitserklärung 38
Vollkommene Wertpapiere 171
Vollmacht 44
Voltaire, Francois Marie Arouet (1694—1778) 9
Voltelini, Hans v. (1867—1938) 9, 26, 81
Voraus 224
Vorbehaltsgut 62, 200, 203
Vorkauf 150
Vorkaufsrecht 97, 144, 240
Vorkinder 202, 208
Vorlegung von Sachen 131
Vorleistung 133, 149
Vormerkung 63
Vormundschaft 7, 38, 40, 56, 158, 180, 183, 207, 212, 213, 214, 215, 216, 235
Vormundschaftsbehörden 214, 216
Vormundschaftsgericht 206, 207, 208, 216
Vormundschaftsrecht 20, 177, 181, 212ff.
Vorsatz 143
Vorstand 49, 54
votum 138
vullbort 24

Wadia 132, 133, 163, 170
Wadiation 131, 132, 137
Waffenreichung 212
Wahlkindschaft 211f.
Wahnsinn 40, 55
Waldgenossenschaften 47, 74
Waldgerechtigkeit 85, 86
Waldgüter 70, 74
Wandelung 151, 152, 160
Wappen 57
Warenlager 60
Warenpapier 103
Warenzeichen 57
warrant agricole 115
Wartezeit 41
Wartrecht 3, 67, 68, 69, 96, 194, 207, 218, 231, 238
Wassergenossenschaften 73
Wassergerechtigkeiten 85
Wasserrecht 71ff.
Wasserweihe 30
Wechsel 26, 139, 169, 171
Wechselnde Sippe 177
Wechselrecht 7, 24, 125
wedde 112
wederlegginge 44
wederstadinge 238
Wegegerechtigkeit 85
Wegwerfen 23
Wehrhaftmachung 39
Weidegenossenschaften 85
Weidegerechtigkeiten 85, 86
Weinkauf 108, 134, 149, 168
Weistum 5
Weiterer Kreis 178, 220, 221, 236
Wergeld 30, 37, 40, 41, 148, 174, 177
Werklieferungsvertrag 160
Werklohn 160
Werkvertrag 134, 159ff.
Wertpapier 25, 60, 88, 118, 134, 138, 144, 169ff.
Wertschenkung 153

Wette 112, 134, 167, 168
Wettvertrag 132, 134, 163, 164, 185
widamo 184
Widerlegung 44, 197
Widerruf 38, 130, 144, 207, 213, 232
Widerruf der Schenkung 153, 234
Wiederheirat 190, 191, 192, 202, 208
Wiederkaufsrecht 98
Wiener Stadtrechtbuch (14. Jh. Mitte) 8
Wilde Tiere 116, 176
Wildfangsrecht 34
Wildfolge 75
Wilfebrief 171
Willenseinigung 135, 186, 187
Willenserklärung 23, 70, 139, 170, 189
Willensmängel 23
Willenstheorie 23
Wissenschaft des deutschen Privatrechts 8ff.
Wittum 185, 194, 195, 197, 198, 199, 217, 218,
Wittumsbestellung 197, 198f.
Witwe 31, 41, 190, 192, 198, 199, 201, 205, 214, 223, 228, 237
Witwen und Waisen 214
Witwenehe 190, 192
Wohnrecht 153, 154
Wortzeichen 57
Wucher 35, 156
wurtzins 81, 87

Zählung nach Familienschaften 181
Zählung nach Magschaften 179, 221
Zallinger, Otto v. (1856—1933) 16, 188
Zasius, Ulrich (1461—1535) 5
Zehnt 80, 87, 88, 89, 118
Zeichenrecht 57
Zeichenregister 26
Zeiller, Franz Anton v. (1751—1828) 7
Zeit 28f.
Zeitlohn 160
Zeitrechnung 28
Zession 146
Zinsbares Darlehen 88, 156
Zinsen 80, 81, 87, 99, 100, 118, 156, 207, 214
Zinseszins 156
Zinsfuß 142, 156
Zinsgewere 93, 99
Zinssatzung 93, 99
Zinsverbot 156
Zivilehe 188, 189
Zivilgesetzbuch, schweizerisches 7
Zubehör 61
Zubußen 51
Züchtigungsrecht 158, 159, 192, 193, 204, 205, 206, 213
Zünfte 37, 41, 47ff., 54, 159, 160, 209
Zufall 140, 142ff., 155, 160, 161, 162, 173, 207
Zugrecht 96
Zunftordnung 159
Zunftzwang 48
Zurechnung 173f.
Zurückbehaltungsrecht 91, 92, 96, 112, 113, 115, 121, 160, 161
Zurückbleibende Zählung 179
Zustimmung 24, 69, 80, 153, 178, 184, 185, 198, 199, 202, 203, 207, 209, 229
Zwang 21, 22, 213